



Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos

Libre Competencia

**COLECCIÓN POR EL VIGÉSIMO
ANIVERSARIO DEL INDECOPI**

Copyright © 2013 Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi)

Calle de la Prosa N°104 – San Borja, Lima, Perú.

Teléfono: (51-1) 224-7800

Correo electrónico: *escuela@indecopi.gob.pe*

Sitio web: *www.indecopi.gob.pe*

AUTOR : Eduardo Quintana

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN : Q & P Impresores S.R.L.
www.qypimpresores.com

CORRECCIÓN DE ESTILO : Helena Karina Díaz Salcedo
CUIDADO Y REVISIÓN

DE LA EDICIÓN : Hebert Tassano Velaochaga y Giovana Hurtado Magán
IMPRESIÓN : Corporación Gráfica Aliaga S.A.C.

Domicilio Legal: José de la Torre Ugarte N°570 - Lince

Impreso en Lima, Perú

Mayo del 2013 – Primera Edición

Tiraje: 3000 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú – N° 2013-07490

ISBN: 978-9972-664-31-1 (O.C.)

ISBN: 978-9972-664-35-9 (V.4.)

La información contenida en este documento puede ser reproducida parcialmente, informando previa y expresamente al Indecopi y mencionando los créditos y las fuentes de origen respectivas.

Indecopi adopta en sus textos la terminología clásica del masculino genérico para referirse a hombres y mujeres. Este recurso busca dar uniformidad, fluidez y sencillez para la lectura del documento. No disminuye de modo alguno el compromiso institucional en materia de equidad de género.

Las ideas, afirmaciones y opiniones expresadas por el autor son de su exclusiva responsabilidad y no necesariamente reflejan las opiniones del Indecopi.



Consejo Directivo

| | |
|-------------------------------------|------------|
| Hebert Eduardo Tassano Velaochaga | Presidente |
| María Elena Juscamaita Arangüena | Miembro |
| Juan Manuel Echevarría Arellano | Miembro |
| Oswaldo Del Carmen Hundskopf Exebio | Miembro |
| Malka Maya Albarracín | Miembro |

Consejo Consultivo

| | |
|------------------------------|---------|
| Elena Conterno Martinelli | Miembro |
| Walter Albán Peralta | Miembro |
| Richard Webb Duarte | Miembro |
| Catalina Chepa Guzmán Melgar | Miembro |
| José Ricardo Stok Capella | Miembro |
| Carlos Ramos Núñez | Miembro |

Gerente General

Santiago Dávila Phillipon

Directora de la Escuela Nacional del Indecopi

Giovana Hurtado Magán

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| PRESENTACIÓN | 7 |
| INTRODUCCIÓN | 9 |
| OBJETIVOS | 11 |
| CAPÍTULO 1 | |
| MARCO TEÓRICO: ÁMBITOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA | 13 |
| 1.1. Control de Conductas | 17 |
| 1.1.1. Abuso de Posición de Dominio o Monopolización..... | 18 |
| a. Mercado Relevante | 18 |
| b. Posición de dominio | 22 |
| c. Abuso de posición de dominio | 29 |
| 1.1.2. Prácticas Colusorias..... | 33 |
| a. Prácticas colusorias entre competidores | 33 |
| b. Restricciones verticales de la competencia | 40 |
| 1.2. Control de Estructuras..... | 47 |
| CAPÍTULO 2 | |
| EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN EL PERÚ..... | 49 |
| 2.1. Decreto Legislativo N° 701 | 54 |
| 2.1.1. Objetivo | 54 |
| 2.1.2. Ámbito de Aplicación Subjetivo..... | 54 |
| 2.1.3. Ámbito de Aplicación Objetivo..... | 54 |
| a. Actos de Abuso de Posición de Dominio..... | 55 |
| b. Prácticas Restrictivas de la Competencia | 56 |
| 2.1.6. Procedimiento | 57 |
| 2.1.7. Régimen de Sanciones | 57 |
| 2.1.8. Otros aspectos relevantes | 57 |
| 2.2. Decreto Legislativo N°1034 | 58 |
| 2.2.1. Objetivo | 58 |
| 2.2.2. Ámbito de Aplicación Subjetivo..... | 58 |



| | |
|---|------------|
| 2.2.3. Ámbito de Aplicación Objetivo..... | 59 |
| a. Actos de Abuso de Posición de Dominio..... | 59 |
| b. Prácticas Colusorias Horizontales | 61 |
| c. Prácticas Colusorias Verticales | 62 |
| 2.2.4. Criterios de Análisis de Conductas Prohibidas | 63 |
| 2.2.5. Procedimiento | 65 |
| 2.2.6. Régimen de Sanciones | 65 |
| 2.2.7. Medidas Correctivas..... | 66 |
| 2.2.8. Otros aspectos relevantes | 66 |
| 2.3. Instancias de Decisión del Indecopi | 69 |
| 2.3.1. Primera Instancia..... | 69 |
| 2.3.2. Segunda Instancia | 69 |
| 2.3.3. Órgano Instructor | 69 |
| CAPÍTULO 3 | |
| JURISPRUDENCIA Y CONTRIBUCIONES DEL INDECOPI | 72 |
| 3.1. Abuso de Posición de Dominio | 72 |
| 3.1.1 Negativas Injustificadas de Trato..... | 73 |
| 3.1.2 Discriminación | 89 |
| 3.1.3 Abuso de Procesos Legales..... | 98 |
| 3.1.4. Conductas de Efecto Explotativo | 110 |
| 3.1.5 Impacto y Contribución del Indecopi | 118 |
| 3.2. Prácticas Colusorias Horizontales..... | 124 |
| 3.2.1 Fijación de Precios | 125 |
| 3.2.2 Reparto de Mercado | 173 |
| 3.2.3 Impacto y Contribución del Indecopi | 192 |
| 3.3. Prácticas Colusorias Verticales (exclusividades) | 199 |
| 3.3.1 Pronunciamientos del Indecopi | 199 |
| 3.3.2 Impacto y Contribución del Indecopi | 210 |
| CONCLUSIONES | 213 |
| ANEXOS | 217 |
| BIBLIOGRAFÍA | 227 |
| LISTADO DE ACRÓNIMOS | 237 |

PRESENTACIÓN

El aporte del Indecopi al crecimiento económico del país se fundamenta en su institucionalidad, la misma que se sustenta, entre otros aspectos, en las decisiones técnicas emitidas desde su creación. En ese sentido y en el contexto de la conmemoración del vigésimo aniversario institucional, consideramos pertinente compartir la esencia de nuestro trabajo, a través de una serie de publicaciones que describen las funciones que desempeña el Indecopi a través de cada uno de sus órganos resolutivos. Nuestra intención es dar a conocer, de manera didáctica, la labor desplegada a lo largo de estos veinte años en cumplimiento de nuestro mandato, orientado a la protección del consumidor, la propiedad intelectual, la defensa de la libre y leal competencia así como para el desarrollo de la infraestructura de la calidad en nuestro país.

Estos libros han sido estructurados bajo lineamientos y técnicas educativas, uniformizado la forma de presentar los contenidos de cada uno de los tomos que conforman la colección. Así, partimos brindando el marco teórico que sustenta la función encomendada al Indecopi, desarrollando los conceptos fundamentales de la institución protegida. Luego se establecen los hitos legislativos y jurisprudenciales que se dieron en el proceso evolutivo del Instituto.

Finalmente, como no podría ser de otra forma, hemos considerado además un espacio para reflexionar sobre las lecciones aprendidas y mirar hacia el futuro encaminándonos hacia un Indecopi más proactivo que se anticipe y brinde las respuestas que necesita la sociedad y el mercado.

En esta oportunidad, tiene usted entre sus manos el ejemplar sobre Defensa de la Libre Competencia, en cuyas páginas, Eduardo Quintana describe el importante rol que cumple Indecopi se ha efectuado el estudio de la evolución legislativa del Derecho de la Competencia en el Perú durante estos veinte años, las principales características que definen las conductas



sancionadas por el Decreto Legislativo N°701 y el Decreto Legislativo N°1034, esto es, el abuso de la posición de dominio y las prácticas colusorias horizontales y verticales. La importancia de la inserción de la Política de Competencia se inserta en el contexto del crecimiento económico de nuestro país

Aprovecho este espacio para expresar nuestro profundo agradecimiento a Eduardo Quintana, así como al equipo de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia liderado por Miguel Angel Luque, en especial a David Fernández, por su contribución con esta obra

Esperamos que este texto sea de utilidad y transmita, como es nuestra intención, el alcance del trabajo desplegado por el Indecopi en estos veinte años de labor técnica e independiente al servicio del país, así como el compromiso de cada uno de los colaboradores que forjaron estas páginas, al ser parte de la historia que hoy compartimos con usted.

Hebert Tassano Velaochaga
Presidente del Consejo Directivo

INTRODUCCIÓN

La libre competencia es el mejor mecanismo para promover la asignación eficiente de recursos en el mercado. Esto se debe a que, para ganarse la preferencia de los consumidores, los proveedores bajan sus precios y mejoran la calidad de sus productos. Como consecuencia de ello, los consumidores tienen más y mejores opciones a su disposición. Por este motivo, la defensa de la libre competencia es una de las políticas públicas más importantes para el desarrollo económico de un país.

En los veinte años de existencia del Indecopi, la Política de Competencia en el Perú ha tenido un desarrollo muy importante, lo cual es reflejo de la labor de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (CLC) y de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (Sala) del Indecopi, y de la contribución de especialistas, abogados y economistas que, a nivel académico, se han ocupado de la revisión crítica de las diversas instituciones que conforman dicha materia.

Así, por ejemplo, cabe resaltar que desde sus primeros años, la CLC y la Sala establecieron importantes criterios para el análisis de las conductas anticompetitivas, entre los cuales destacan el reconocimiento de la regla *per se* para los “*hard core cartels*” (caso contra las empresas avícolas), el uso de la prueba indirecta (caso contra Rheem Peruana y Envases Metálicos), la responsabilidad de las asociaciones y colegios profesionales (caso contra el Colegio Químico Farmacéutico del Perú), la regla de los acuerdos desnudos y los acuerdos complementarios o “*ancillary restraints doctrine*” (caso Civa), la definición del mercado relevante (caso contra Minsur) y la negativa injustificada de trato (caso del mercado de Santa Anita).

En los últimos años, la CLC y la Sala han consolidado sus criterios de análisis, lo que ha permitido resolver casos de mayor envergadura, en el marco del Decreto Legislativo N°1034 (2008). Entre los casos recientes, destacan el caso de APESEG (concertación de los seguros vehiculares), Backus (contratos de exclusividad como abuso de posición de dominio), Oxígeno Medicinal (licitación colusoria en el sector salud), ASETUP (recomendación de precios del transporte de pasajeros), Carga Huaraz (concertación de precios y reparto de clientes en el mercado de transporte de carga pesada) y Cementos (negativa concertada e injustificada como práctica colusoria vertical).

En este contexto, el presente libro tiene por objeto hacer una revisión del desarrollo normativo y jurisprudencial del Derecho de la Competencia en el Perú, y explicar las principales características que definen las conductas sancionadas por el Decreto Legislativo N°1034, esto es, el abuso de la posición de dominio y las prácticas colusorias horizontales y verticales.

En el Capítulo 1, se presenta un marco general sobre la aplicación de las normas de competencia. En principio, se describe el fenómeno del proceso competitivo y las condiciones que maximizan su desenvolvimiento eficiente en los distintos mercados, además del concepto de poder de mercado y las razones que justifican la existencia de las normas de competencia. Posteriormente, se desarrollan los alcances del Derecho de la Competencia, definiendo los ámbitos de actuación y los conceptos más importantes de esta rama, a la luz de la jurisprudencia y la doctrina, nacional y comparada.

En el Capítulo 2, se detalla la evolución del ordenamiento jurídico peruano en materia de libre competencia. En particular, se desarrollan los aspectos más importantes del Decreto Legislativo N°701, Ley de Eliminación de las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia; y del hoy vigente Decreto Legislativo N°1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

En el Capítulo 3, se describen y analizan los supuestos más importantes del abuso de posición de dominio, a la luz de la jurisprudencia de la CLC y de la Sala. Destacan los casos de negativa injustificada de trato, discriminación y abuso de procesos legales. Además, se dedica un apartado al debate sobre las conductas con efecto explotativo.

También se desarrollan los supuestos más importantes de prácticas colusorias horizontales, nuevamente, a la luz de la jurisprudencia de la CLC y de la Sala. Destacan los diversos casos de concertación de precios –que permitieron la afirmación de la regla *per se* y el reconocimiento de la “ancillary restraints doctrine”– y de reparto de mercado.

Finalmente, en este capítulo se desarrolla el tema de las prácticas colusorias verticales, con especial incidencia en la modalidad de contratos de exclusiva, a la luz de la jurisprudencia de la CLC y de la Sala.

Como se puede observar, el presente libro constituye una oportunidad excepcional para apreciar la importancia y la evolución de las normas de competencia y su aplicación en el Perú durante estos veinte años y la forma en que la Política de Competencia se inserta en el contexto del crecimiento económico que experimenta el país.

Finalmente, es preciso reconocer el esfuerzo del profesor Eduardo Quintana quien, con un lenguaje claro y didáctico, abarca en esta entrega las múltiples cuestiones que conforman el Derecho de la Competencia peruano.

Miguel Ángel Luque Oyarce
Secretario Técnico
Comisión de Libre Competencia

OBJETIVOS

El volumen Libre Competencia tiene como propósito revisar los fundamentos jurídicos –y económicos básicos– del Derecho de la Competencia, explicar sus bases doctrinales, y describir y comentar una selección representativa de las principales decisiones del Indecopi en esta materia. Siendo la prohibición de conductas anticompetitivas el ámbito en que se ha producido mayor desarrollo legal y jurisprudencial en el Perú, se presta mayor atención a esta parte del Derecho de la Competencia.

En tal sentido, se analiza cómo ha cumplido el Indecopi su labor de protección del proceso de competencia, vigilando que las empresas y agentes económicos no restrinjan inválidamente la competencia en el mercado. En particular, se explica y evalúa el accionar del Indecopi para investigar y, cuando corresponde, sancionar tanto comportamientos unilaterales de las empresas más importantes en cada actividad económica, destinados a excluir ilegalmente a los competidores (actos de abuso de posición de dominio); como acciones coordinadas, a través de acuerdos, pactos o contratos, entre competidores o agentes económicos para impedir que fluya la competencia (prácticas colusorias horizontales o verticales).

De igual forma, en este volumen se analiza cómo el Indecopi ha sacado provecho de la experiencia obtenida en la investigación y sanción de prácticas anticompetitivas, no sólo para definir metodologías de análisis y probanza efectivas que faciliten su labor, sino también para enriquecer el proceso de desarrollo normativo que ha dado lugar a la nueva ley vigente desde el año 2008 sobre la materia. De este modo, se evalúa el impacto y los aportes de la actuación del Indecopi sobre el desempeño de los agentes económicos, y sobre la creación de nuevas y más apropiadas reglas legales, que son un nuevo punto de partida para su funcionamiento como autoridad de defensa de la libre competencia.

Las normas de defensa y protección de la libre competencia buscan evitar que las empresas concentren poder de mercado por razones distintas a una mayor eficiencia, y también que utilicen de forma ilegal el poder de mercado que tienen. Asimismo, buscan que el poder de mercado no se concentre a través de fusiones o adquisiciones de empresas que generen un grave riesgo para la competencia y el bienestar de los consumidores.

CAPÍTULO 1

**Marco Teórico: Ámbitos del
Derecho de la Competencia**



En un mercado que funciona bajo condiciones de competencia, las condiciones de venta (precio, cantidad, calidad, servicios pre y postventa, etc.) se determinan como resultado de la confluencia de la demanda de los consumidores o clientes por productos o servicios con la oferta de bienes por parte de los productores y comercializadores. Es decir, los agentes económicos interactúan en múltiples tratativas y negociaciones comerciales y, a través de ellas, se van definiendo las condiciones de venta de los bienes sin que productores, comercializadores o consumidores tengan la capacidad de determinarlas de modo unilateral o por su sola voluntad. Por ello, se suele afirmar que en un mercado que se encuentra en condiciones de competencia absoluta las empresas son “tomadoras de precios” pues, dada la competencia existente, cada empresa debe cuidar que las condiciones de su oferta sean suficientemente atractivas para los compradores quienes, de otro modo, tendrían la opción de comprar a proveedores alternativos¹.

La situación anterior se conoce como “competencia perfecta” y la misma requiere que se presenten las siguientes condiciones en el mercado, para que ninguna empresa sea capaz de determinar por sí sola las condiciones de oferta:

- **Productos homogéneos.** Todos los bienes ofertados deben tener características idénticas o muy similares, de modo que los consumidores los asuman como bienes homogéneos independientemente de quien los provea y no tengan preferencias marcadas hacia alguno de esos bienes. Con ello, la sustitución entre los productos de cualquier proveedor es totalmente posible.
- **Gran número de vendedores y compradores.** Las compras y ventas se producen entre un sinnúmero de proveedores y clientes, con lo cual las cantidades involucradas en cada transacción son muy pequeñas como para impactar en las condiciones del mercado.
- **Información perfecta.** Todos los participantes en el mercado deben tener información completa y simétrica sobre las características y calidad de los productos, cantidades producidas, precios cobrados, entre otros, con lo cual los consumidores siempre tendrán información oportuna y suficiente para tomar decisiones de compra adecuadas.
- **Ausencia de barreras importantes de acceso al mercado.** La posibilidad de entrada y salida de empresas en el mercado debe ser libre, es decir, no deben existir mayores obstáculos o costos que inhiban la decisión de cualquier empresa o inversionista de

¹ Sobre los mercados competitivos y sus efectos sobre el comportamiento de las empresas, puede verse: CARLTON, Dennis y PERLOFF, Geoffrey. (2000) *Modern Industrial Organization*. United States of America, Addison-Wesley, pp. 56-65. PEPALL, Lynne; RICHARDS, Danniell Jay, y NORMAN, George. (2006). *Organización Industrial: Teoría y Prácticas Contemporáneas*. México, Thomson, pp. 20-25. BLAIR, Roger y KASSERMAN, David. (2009). *Antitrust Economics*. New York, Oxford University Press, pp. 1-22.

entrar en una determinada actividad económica e irse del mercado de forma casi inmediata, si lo considera conveniente a sus intereses.

Sin embargo, los mercados no funcionan en absoluta competencia o competencia perfecta, pues las condiciones antes señaladas no se presentan de forma concurrente y por completo en ningún mercado real. Los bienes ofertados se diferencian por calidades, marcas u otras características; el número de vendedores y compradores no es tan grande como para que sus transacciones no tengan impacto en las condiciones de oferta; la información disponible suele ser imperfecta, asimétrica o costosa; y los mercados suelen presentar distintos niveles de barreras de entrada y salida. Por ello, existen variadas circunstancias en las cuales las empresas sí se encuentran en capacidad de fijar las condiciones de venta de modo unilateral o conjuntamente entre ellas, sin que la competencia sea un elemento que discipline su comportamiento. En estas situaciones se señala que las empresas cuentan con un importante poder de mercado que les permite neutralizar o superar la posibilidad de competencia.

El poder de mercado es definido usualmente como la capacidad de una empresa de aumentar sus precios por encima del precio que se daría en competencia (es decir, del nivel que tendrían si enfrentara la competencia efectiva de otras empresas en el mercado), sin correr el riesgo de que parte considerable de sus clientes trasladen su demanda a otras empresas que ofrezcan menores precios o mejores condiciones. En términos económicos simples, el poder de mercado es la capacidad que tiene una empresa de fijar sus precios por encima de los costos marginales que serían el resultado de una situación de competencia perfecta. Sin embargo, bajo esos términos, toda empresa tiene cierto grado de poder de mercado en tanto no existe la competencia perfecta. Por ello, lo importante es identificar cuánto poder de mercado tiene cada empresa, para evaluar si puede afectar negativamente el funcionamiento del mercado o el proceso competitivo².

La preocupación de las políticas de competencia está en los casos en que las empresas cuentan con poder de mercado significativo que les permite afectar la competencia y perjudicar la dinámica del mercado. Esto ha sido definido en términos legales como poder monopolístico, posición de dominio o poder sustancial –o peso significativo– de mercado³.

- 2 BISHOP, Simon y WALKER, Mike. (2010). *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. Great Britain, Sweet & Maxwell – Thomson Reuters, pp. 52-53. GUNNAR, Niels; JENKINS, Helen y KAVANAGH, James. (2011) *Economics for Competition Lawyers*. Great Britain, Oxford University Press, pp. 118-119.
- 3 El término de poder monopolístico tiene sus orígenes en la legislación *antitrust* norteamericana mientras que el concepto de posición de dominio fue utilizado originalmente en las normas de competencia de la Comunidad Europea. Las normas de competencia peruanas utilizan la misma terminología de la Comunidad Europea. Los términos “poder sustancial de mercado” o “peso significativo de mercado” suelen utilizarse con la misma connotación por las autoridades en mercados regulados como los de comunicaciones o electricidad (por ejemplo, la Office of Communications, OFCOM británica, o la Comisión Europea).

Las empresas pueden obtener ese poder de mercado de distintas fuentes, algunas legítimas y otras no. Entre las típicas fuentes de poder de mercado se encuentran las siguientes:

Eficiencia económica

- Impulsa que la empresa logre ganar la preferencia de los clientes (por ejemplo, produciendo a un menor costo que los competidores o a un costo similar pero con mejor calidad) y se convierta en la empresa más reconocida o incluso la única que quede en el mercado. Esta posibilidad de crecimiento es el incentivo primordial para que las empresas decidan competir con miras a convertirse en la más importante en su respectivo mercado. Esta es una fuente lícita de poder de mercado.

Concentración de empresas

- Una empresa puede absorber, unirse o tomar el control de sus competidores, o puede integrarse con sus proveedores de insumos o canales de comercialización, quedando en mejor posición que los competidores, como consecuencia de operaciones de adquisición de acciones o empresas, fusiones, asociaciones en participación, etc. (concentraciones). Esta también es una vía legítima de lograr poder de mercado, pero usualmente se somete a evaluación de la autoridad.

Ventajas creadas por ley

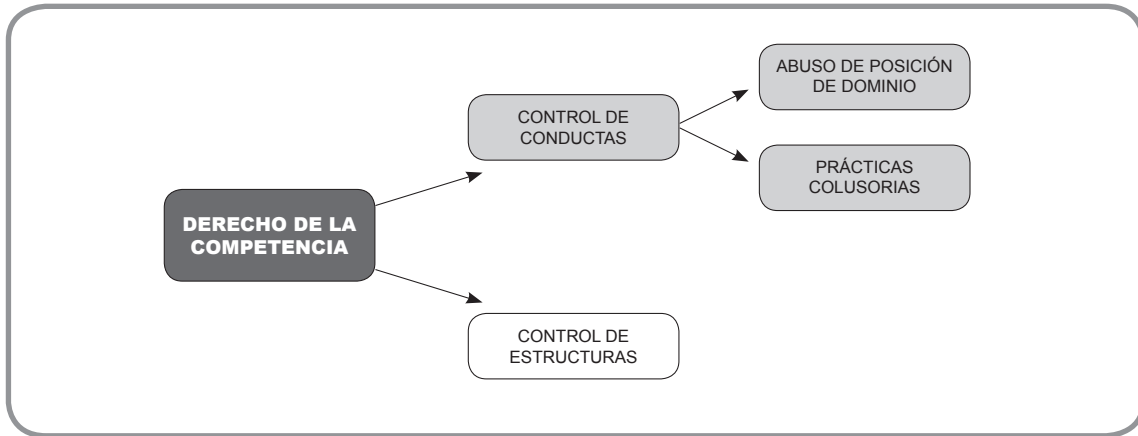
- Las normas legales o las decisiones de las autoridades pueden reducir la posibilidad de ingreso de nuevas empresas al mercado, haciendo más costosa su entrada o impidiéndola de modo absoluto a través del otorgamiento de derechos exclusivos de operación. El marco legal puede otorgar determinados grados de protección frente a la competencia. Nuevamente, esta es una forma válida de obtener poder de mercado.

Conducta de agentes

- Una empresa con poder de mercado puede preservarlo impidiendo inválidamente que los rivales compitan o forzándolos a competir en condiciones desiguales. Asimismo, dos o más competidores pueden coordinar su comportamiento para lograr un poder de mercado artificial que no tienen individualmente, evitando los riesgos de la competencia y actuando como un monopolio. Estas formas de mantener u obtener poder de mercado son ilegítimas.

Las normas de defensa y protección de la libre competencia no prohíben ni sancionan la existencia del poder sustancial de mercado o de posición de dominio. Más bien, buscan evitar que las empresas concentren poder de mercado por razones distintas a una mayor eficiencia, o que el poder de mercado se concentre a través de fusiones o adquisiciones de empresas, generando un grave riesgo para la competencia y el bienestar de los consumidores. Para ello, el Derecho de la Competencia tiene dos vías típicas de aplicación que se plasman en normas legales que se conocen como “control de conductas” y “control de estructuras”. Este trabajo se concentra en el control de conductas, al ser la que mayor desarrollo legal y jurisprudencial tiene en el Perú.

Gráfico N°1
Derecho de la Competencia



1.1. Control de Conductas

El control de conductas se manifiesta en normas que establecen la prohibición de determinados comportamientos de los agentes económicos en el mercado, que se considera que restringen inválidamente la competencia en perjuicio del consumidor, del proceso competitivo y, en términos más generales, del mercado en sí mismo.

Como regla general, el control de conductas opera luego que la conducta prohibida se ha producido en el mercado; es decir, funciona como una evaluación *ex post* del comportamiento de las empresas, identificando si el mismo ha sido conforme al marco legal o ha incurrido en la práctica prohibida.

Dado lo anterior, el control de conductas se aplica en los casos en que el poder de mercado se obtiene por medios ilegítimos como producto de comportamientos inválidos de los agentes económicos.

Las normas de control de conductas buscan inhibir y, de ser necesario, sancionar las prácticas restrictivas de la competencia realizadas por empresas o agentes económicos.

Estas prácticas anticompetitivas pueden ser de dos tipos según se explica a continuación:

1.1.1. Abuso de Posición de Dominio o Monopolización

A través de estos actos una empresa que cuenta con poder sustancial de mercado o posición de dominio, aprovecha indebidamente ese poder o posición en el mercado para sacar ventaja de ello e impedir la entrada de nuevos competidores u obstaculizar la permanencia de los que ya se encuentran operando en el mercado. Usualmente son actos ilícitos de una empresa; es decir, actos unilaterales para excluir ilegalmente del mercado a los competidores. La ley peruana los denomina “actos de abuso de posición de dominio”.

a. Mercado relevante

Para que una empresa pueda incurrir en actos de abuso de posición de dominio debe contar con esta posición en el mercado. Para determinar si una empresa cuenta con posición de dominio es necesario definir si puede imponer las condiciones de compra o venta, con independencia de la reacción de sus clientes, proveedores o competidores. Una empresa podrá actuar de esta forma cuando los clientes y proveedores del mercado en cuestión no tienen alternativas reales, distintas a la empresa dominante, para comprar los bienes que requieren o vender los bienes que producen, respectivamente. Asimismo, la empresa dominante podrá comportarse de tal manera si no enfrenta competidores o si los que existen no tienen la fuerza suficiente para enfrentarla.

La pregunta fundamental para definir si una empresa tiene la condición de dominante en un mercado es: ¿de qué mercado estamos hablando?

Por ello se utiliza el concepto de mercado relevante que permite identificar los alcances del mercado en que se desenvuelve el agente económico investigado. En términos sencillos, cuanto menos sean los proveedores alternativos a los que puede recurrir el cliente o consumidor, mayor será la probabilidad de que el agente investigado cuente con posición de dominio; la existencia de tales proveedores alternativos dependerá del mercado del cual estemos hablando⁴.

4 Sobre la definición del mercado relevante puede verse, entre otros: BARRANTES, Roxana. (2012). “¿Algún Mercado es ajeno a un Economista? Notas sobre el Mercado Relevante pensando en las Telecomunicaciones”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. N°10. Lima, Tarea Asociación Gráfica Educativa, pp. 61-72. CAMESASCA, Peter y VAN DEN BERGH, Roger. (2002). “Achilles Uncovered: Revisiting the European Commission's 1997 Market Definition Notice”. En: *The Antitrust Bulletin*. N° 47 Primavera del 2002. New York, Federal Legal Publications Inc. COMISIÓN EUROPEA. (1997). *Comunicación de la Comisión Relativa a la Definición de Mercado de Referencia a Efectos de la Normativa Comunitaria en Materia de Competencia*. En: Diario Oficial de la UE. N° C372, 09 de diciembre de 1997, Oficina de Publicaciones de UE, pp. 0005-0013. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE FEDERAL TRADE COMMISSION. (2010). *Horizontal Merger Guidelines*. United States of America. FIGARI, Hugo; GÓMEZ, Hugo y ZÚÑIGA, Mario. (2005) “Hacia una Metodología para la Definición del Mercado Relevante y la Determinación de la Existencia de Posición de Dominio”. En: *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*. Lima, Indecopi, pp. 153-186. LANDES, William y POSNER, Richard. (2003). “El poder de mercado en los casos de Libre Competencia”. En: *Ius et Veritas*. N°26. Lima, Tarea Gráfica Educativa, pp. 136-172. RUIZ, Gonzalo. (2000). “Definición de Mercado Relevante y Políticas de Competencia”. En: *Thémis*. N°41. Lima, pp. 297-310. WERDEN, Gregory. (1990). “Four Suggestions on Market Delineation”. En: *Economic Analysis Group Discussion Paper*. United States, U.S. Department of Justice - Antitrust Division.



La idea de definir un mercado relevante es evaluar si existen o no alternativas para el cliente o consumidor o, en otras palabras, si éste se encuentra “cautivo” de su proveedor habitual. Si la respuesta es afirmativa, entonces se podrá concluir que dicho proveedor tiene posición de dominio.

El concepto de mercado relevante no es igual que el concepto de mercado económico en términos clásicos. El mercado económico, ya sea entendido como el lugar donde compradores y vendedores realizan transacciones comerciales o como el mecanismo de intercambio a través del cual se realizan dichas transacciones, resulta siendo la confluencia de oferta y demanda de bienes o productos considerados individual o conjuntamente. El mercado relevante es el ámbito donde la competencia puede verse afectada por el ejercicio de poder sustancial de mercado, es decir, el ámbito donde una empresa podría imponer condiciones de venta –como incrementos de precios o limitaciones de la producción– debido a que no existen alternativas para el comprador, ya sea en términos de bienes sustitutos o de proveedores adicionales.

La extensión del mercado relevante dependerá de qué tanta posibilidad hay de que el comprador o consumidor adquiera otros bienes en sustitución del que le ofrece su proveedor y de la ubicación de otros proveedores que puedan ofrecerle el mismo producto o sustitutos del mismo. Cuanto menos alternativas haya en términos de sustitutos o proveedores adicionales, más reducido será el mercado relevante, y viceversa. Típicamente un mercado relevante se define combinando dos dimensiones: la del producto y la geográfica.

A continuación se exponen los alcances del concepto de mercado relevante que se utilizan en la Comunidad Europea y los Estados Unidos.

Cuadro N°1
Alcances del concepto de mercado relevante que se utiliza en la Comunidad Europea y los Estados Unidos de América

| Comunidad Europea | Estados Unidos de América |
|--|---|
| <i>“El principal objetivo de la definición de mercado es determinar de forma sistemática las limitaciones que afrontan las empresas afectadas desde el punto de vista de la competencia. La definición de mercado, tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica, debe permitir identificar a aquellos competidores reales de las empresas afectadas que pueden limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva”.</i> | <i>“La definición del mercado se centra únicamente en los factores de sustitución de la demanda, es decir, de la capacidad y disposición de los clientes a sustituir un producto por otro en respuesta a un incremento del precio o a un cambio en aspectos distintos al precio, tales como una reducción en la calidad del producto o servicio. Las acciones de respuesta de los proveedores alternativos también son importantes en el análisis competitivo. (...)”</i> |

| Comunidad Europea | Estados Unidos de América |
|---|--|
| <p><i>"El análisis de la sustituibilidad de la demanda implica la determinación de la serie de productos que el consumidor considera substitutivos. Para llegar a esta determinación puede realizarse un ejercicio mental, que presuponga una variación pequeña y no transitoria de los precios relativos y que analice la posible reacción de los consumidores frente a esta variación".</i></p> <p><i>"Mercado geográfico (...) la Comisión identificará los posibles obstáculos que protegen a las empresas localizadas en una zona determinada contra la presión de empresas competitivas localizadas fuera de dicha zona a fin de determinar con precisión el grado de interpenetración de los mercados a escala nacional, europea o mundial"⁵.</i></p> | <p><i>Los clientes a menudo tienen una amplia gama de posibles sustitutos. Algunos sustitutos pueden ser más cercanos y otros más lejanos, ya sea geográficamente o en términos de los atributos del producto y las percepciones"⁶.</i></p> |

En el Perú, los alcances del mercado relevante se encuentran expresamente definidos en la ley vigente, que señala lo que sigue:

"Art. 6.- El mercado relevante

6.1. El mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.

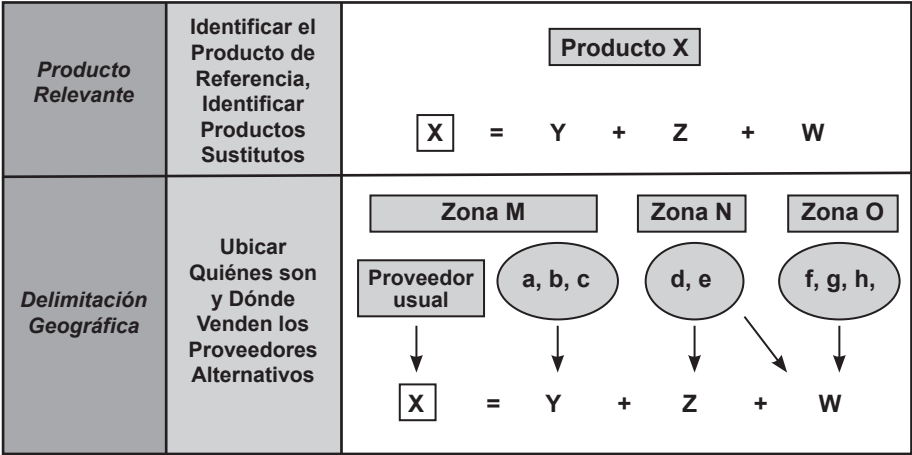
6.2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

6.3. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes"⁷.

Como puede observarse, los alcances del mercado relevante definidos por la ley peruana reflejan, en gran medida, las metodologías existentes; es decir, se trata de una forma de análisis bastante generalizada. Lo importante es ir en orden según las etapas de análisis, primero con el producto relevante y luego recién pasar al ámbito geográfico, tal como se explica en el siguiente cuadro:

5 COMISIÓN EUROPEA (1997). Op. cit.
6 U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE FEDERAL TRADE COMMISSION (2010). Op. Cit. Traducción libre.
7 Decreto Legislativo N°1034.

Gráfico N°2
Pasos para la definición del Mercado Relevante



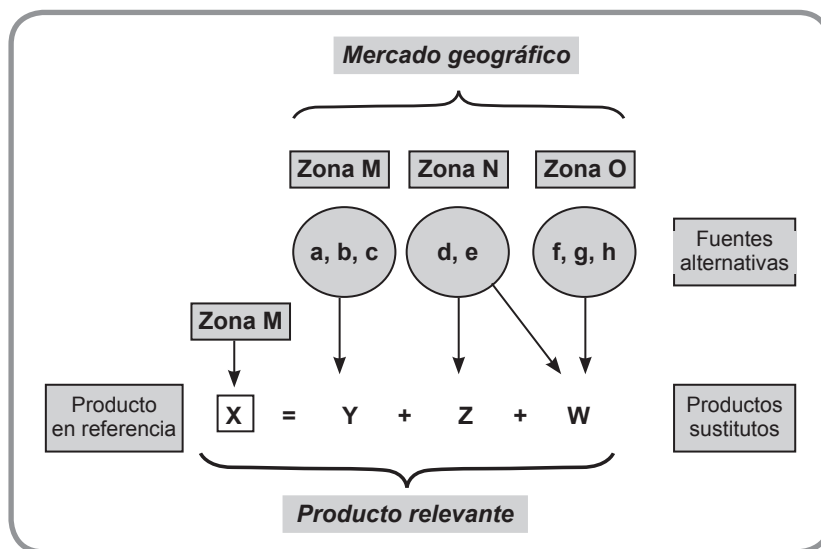
La identificación de posición de dominio requerirá, entonces, que en cada caso concreto se evalúe cuál es el mercado relevante en el que actúa la empresa que está siendo acusada de cometer el abuso de posición de dominio.

Para ello, es vital identificar primero cuál es el bien requerido por el cliente o consumidor que acusa la existencia del abuso de posición de dominio (en un procedimiento concreto significa identificar cuál es el bien objeto de la investigación). Esto implica definir las necesidades que busca satisfacer el cliente con el bien que adquiere, para identificar en función de esas necesidades cuáles pueden ser los bienes que podría adquirir alternatively como sustitutos del producto que utiliza en la actualidad para satisfacer esas necesidades. En este punto debe tenerse en cuenta que el grado de sustitución entre los productos o servicios debe ser evaluado con detenimiento, pues algunos pueden ser mejores sustitutos que otros, debido a las características de los bienes (calidad, componentes, funciones, etc.), los costos para obtenerlos o sus precios. En función de estos aspectos se irán incluyendo algunos bienes como sustitutos y descartando otros. Los bienes identificados (el bien objeto de la investigación más sus sustitutos) se agrupan y convierten en el producto relevante.

Luego se debe identificar cuáles son las empresas que pueden ofrecer cualquiera de los bienes que están considerados dentro del conjunto identificado como producto relevante, ya sea que se encuentren dentro de la misma área geográfica que el proveedor habitual del comprador o en otras zonas. Lo importante en este punto es identificar si las empresas que

venden o pueden vender el producto relevante al comprador se encuentran en capacidad real de convertirse en proveedores alternativos a su proveedor habitual. Para ello, debe tenerse en cuenta los distintos costos o el tiempo involucrado para el traslado de los bienes que esos proveedores ofrecen, a fin de identificar si el comprador obtendrá esos bienes en condiciones similares a las que le ofrece el proveedor habitual. De este modo, se irán incluyendo o descartando proveedores alternativos según el comprador pueda adquirir los bienes que ellos ofrecen en condiciones equivalentes o no. Este ejercicio tiene por finalidad identificar al grupo de proveedores que verdaderamente pueden considerarse alternativos. Finalmente, el mercado geográfico se define considerando las zonas donde se encuentran dichos proveedores alternativos.

Gráfico N°3
Definición del mercado geográfico de los proveedores alternativos



En el gráfico anterior, el mercado relevante se ha determinado como las zonas M-N-O (mercado geográfico) en las que se transan los bienes X-Y-Z-W (producto relevante). En función de este mercado relevante es que recién puede definirse la existencia de posición de dominio.

b. Posición de dominio

Para identificar la existencia de posición de dominio en el mercado relevante ya definido, existen distintas herramientas de análisis que, para fines metodológicos, pueden dividirse en dos grupos. De un lado, las herramientas para evaluar la estructura del mercado y sus

participantes al momento de la denuncia (competencia actual); y de otro lado, las herramientas para evaluar la dinámica del mercado y los posibles entrantes (competencia potencial)⁸.

El análisis de competencia actual busca identificar cuál es el peso específico de la empresa denunciada en el mercado relevante frente a los demás participantes, y también qué tan competitivo es dicho mercado en términos globales. Para ello se utilizan principalmente dos herramientas: la evaluación de las participaciones de mercado y la medición del índice de concentración del mercado.

En cuanto a las participaciones de mercado, debe considerarse a todas las empresas que se ha identificado como participantes del mercado relevante; es decir, a todos los proveedores alternativos a la empresa denunciada. La asignación de la participación de mercado se puede realizar considerando diversos factores de cálculo, como por ejemplo, la capacidad instalada de cada empresa para producir, las unidades o volúmenes efectivamente producidos o vendidos por las empresas, el valor de los ingresos obtenidos por las ventas efectuadas, etc.

La medida típicamente utilizada para calcular las participaciones de mercado es la de unidades vendidas, es decir, cuánto es capaz de colocar una empresa en el mercado pues ello es indicador de cuanta aceptación tienen sus productos entre los clientes. En algunos casos se recomienda utilizar como medida los ingresos obtenidos, en tanto que ellos resultan ser un mejor indicador del nivel de fidelización de los clientes hacia los productos de una empresa y, por ende, de su posible capacidad de imponer las condiciones de venta. Se señala que los ingresos son una mejor medida, por ejemplo, cuando se trata de productos con marcas pues, en tal caso, el número de unidades vendidas no siempre es reflejo de la importancia de la marca.

Es importante señalar que la participación de mercado es un indicador importante pero no debe tenerse como un elemento que determina la existencia de posición de dominio. En otras palabras, si la empresa denunciada registra una cuota elevada de participación, por ejemplo del 55%, ello debe ser considerarse como indicador de su importancia en el mercado, pero no debe determinar por sí solo la existencia de posición de dominio.

8 Sobre la identificación de posición de dominio puede verse, entre otros: U.S. DEPARTMENT AND THE JUSTICE Y FEDERAL TRADE COMMISSION (2010). Op. Cit. FERNÁNDEZ, Cani. (2006) "Cuota de Mercado y Poder de Mercado". En: MARTÍNEZ LAGE, Santiago y PETITBÒ JUAN, Amadeo. (Directores). (2006). *El Abuso de la Posición de Dominio*. Madrid, Marcial Pons, pp. 61-74. FIGARI, Hugo; GÓMEZ, Hugo y ZÚÑIGA, Mario. (2005). Op. Cit., pp. 153-186. GUTIÉRREZ, Inmaculada y PADILLA, Jorge. (2006). "Una Racionalización Económica del Concepto de Posición de Dominio". En: MARTÍNEZ LAGE, Santiago y PETITBÒ JUAN, Amadeo. (Directores). (2006). *El Abuso de la Posición de Dominio*. Madrid, Marcial Pons, pp. 15-31. LANDES, William y POSNER, Richard. (2003). Op. Cit, pp. 136-172. Los capítulos "Barreras a la entrada y estrategia competitiva" y "Empresas dominantes" de TARJIZÁN, Jorge y PAREDES, Ricardo. (2001). *Organización Industrial para la Estrategia Empresarial*. Santiago de Chile, Prentice Hall, pp. 73-92 y 247-257. Ver también el Anexo "Barriers to Entry" en: WORLD BANK – OECD. (1998). *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*. Washington, World Bank – OECD, pp.101-123.

Adicionalmente a lo señalado, la participación de la empresa denunciada debe compararse siempre con las participaciones de las otras empresas que se encuentran en el mercado relevante. Si la empresa denunciada tiene 45% de participación y el competidor más cercano tiene 40%, la elevada participación de la primera no necesariamente le otorga libertad para imponer las condiciones de venta en el mercado, en tanto que la segunda es comparable y puede disciplinar el comportamiento de la denunciada.

Finalmente, es aconsejable que la evaluación de la participación de mercado se realice considerando períodos de tiempo adecuados, a fin de tener en cuenta si el mercado es estable y/o muestra una participación elevada constante de la empresa denunciada por varios años.

De otro lado, el índice de concentración del mercado es una herramienta para medir las condiciones de competencia del mercado en su conjunto y no para evaluar la importancia de la empresa denunciada como sucede con la participación de mercado. En este caso se considera que el mercado es menos competitivo cuanto mayor es el grado de concentración que presenta y viceversa.

Las metodologías existentes para medir la concentración del mercado son diversas⁹, pero la más utilizada es el denominado Índice Hirschman – Herfindahl (IHH). Este índice se basa en las participaciones de las empresas incluidas en el mercado relevante y se representa a través de la sumatoria de los cuadrados de dichas participaciones¹⁰.

La relación entre el valor del IHH y el nivel de competencia se plantea en los siguientes términos:

Cuadro N°2
Relación entre el valor del IHH y el grado de concentración

| Índice IHH | Grado de concentración del mercado |
|---------------------|------------------------------------|
| Menor de 1.500 | Desconcentrado |
| Entre 1.500 a 2.500 | Moderadamente concentrado |
| Superior a 2.500 | Altamente concentrado |

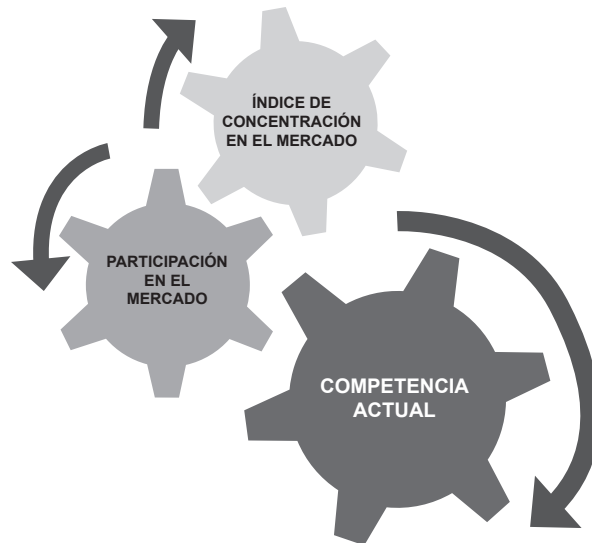
9 Por ejemplo, el denominado CR4 que se utilizaba antes considerando a las cuatro principales empresas del mercado, el índice de dominancia creado en México, el índice de entropía, entre otros.

10 Si existieran cinco empresas en el mercado relevante, cada una con 20% de participación, el IHH sería de 2.000 (suma de 5 veces 400). Evidentemente, el índice crece o se reduce en función del número de empresas y de la participación de cada una. Si fueran 10 empresas, con 10% cada una, el IHH sería de 1.000. El caso extremo sería uno donde hay una sola empresa con participación de 100% y, por ende, el IHH es de 10.000.

En tal sentido, las condiciones de competencia se considerarán mayores cuando el IHH indica que se trata de un mercado desconcentrado o, cuando menos moderadamente concentrado, mientras que serán menores en los mercados altamente concentrados.

Si el análisis de competencia actual muestra una empresa con una considerable participación y sin otros participantes muy robustos, en un mercado altamente concentrado, se puede considerar que las probabilidades de que exista posición de dominio son mayores. Sin embargo, el análisis de competencia actual no debe considerarse suficiente para concluir que la empresa denunciada cuenta con posición de dominio. Más bien, es necesario complementarlo con el análisis de competencia potencial.

Gráfico N°4
Análisis de la Competencia



Al evaluar la competencia potencial se busca determinar qué tanta posibilidad hay de que la distribución de cuotas de mercado y el grado de concentración del mercado relevante identificados se mantengan a futuro en condiciones similares o cambien de modo significativo, debido a la posibilidad de ingreso de nuevos competidores en dicho mercado. Si existe una considerable posibilidad de modificación de los participantes en el mercado relevante, se entiende que las condiciones de competencia actual pueden transformarse con la nueva competencia impidiendo que la empresa denunciada, aún cuando tenga una elevada cuota de mercado, se comporte indebidamente.

El análisis de competencia potencial busca identificar si el comportamiento de los agentes que actúan en el mercado relevante, y en particular el de la empresa denunciada, se verá disciplinado por el riesgo de competencia que puedan generar los nuevos competidores que pudieran ingresar al mercado.

La entrada de nuevos actores al mercado depende de los costos y tiempo involucrados o, en términos más amplios, de las condiciones de acceso que pudieran inhibir o impedir la decisión de entrada de nuevos competidores.

Estas condiciones de acceso se analizan como barreras de entrada al mercado, las cuales pueden tener distinto origen:

b.1. Legales

El estado influencia y/o determina la posibilidad de entrada al mercado a través de normas legales o decisiones administrativas, ya sea intencionalmente o no. Las barreras legales pueden limitar la entrada o la permanencia de los agentes en el mercado de dos formas:

- Explícita. Se manifiestan vía limitaciones a la entrada de empresas, tales como permisos o licencias especiales para operar que implican requisitos bastante difíciles o costosos que cumplir. Asimismo, puede tratarse de permisos sin mayor costo pero que requieren mucho tiempo para conseguirlos, retrasando el ingreso. Las regulaciones que influyen en el uso de determinados bienes también pueden restringir la entrada; así, restricciones zonales pueden impedir que las nuevas empresas utilicen las mejores locaciones, y obligaciones laborales pueden forzarlas a contratar trabajadores con credenciales que no son las que necesitan. Otro ejemplo clásico de este tipo de barreras son las limitaciones al comercio internacional que impiden el ingreso de productos extranjeros, a través de aranceles o medidas para-arancelarias.
- Implícitas. Se presentan a través de regulaciones adoptadas por razones no relacionadas con la entrada al mercado o la competencia pero que, al final, limitan la entrada. Por ejemplo, las normas de protección medioambiental, incluso si imponen iguales costos a todas las empresas, pueden reducir los ingresos esperados para las empresas y hacer menos atractiva la actividad. Asimismo, dichas normas pueden favorecer a las empresas ya establecidas frente a los potenciales interesados en ingresar al mercado si, por ejemplo, los obligan a cumplir de forma inmediata las obligaciones establecidas en tales normas, mientras que otorgan plazos mayores a las empresas ya establecidas (con ello les generan una ventaja absoluta en costos).

b.2. Económicas o estructurales

Las características de la propia actividad económica involucrada en cada mercado relevante determinan que sea más o menos complicado ingresar. Por lo general, se vinculan con inversiones necesarias y con carácter de costo hundido específico a la actividad económica a realizar, que no pueden recuperarse si se decide salir del mercado de modo inmediato. El ejemplo más extremo de barrera estructural es el de los monopolios naturales, en que lo más eficiente es que exista un solo proveedor en el mercado (es decir, lo natural es que haya un monopolio) y que el ingreso de nuevos proveedores a competir con el ya establecido no sea rentable¹¹. Muchas actividades económicas presentan componentes de inversión importante que califican como costos hundidos, no sólo en términos de grandes infraestructuras de uso específico para la actividad (infraestructura ferroviaria), sino de inversiones no siempre tangibles (gastos de publicidad, mejora de conocimientos e investigación, etc.). Asimismo, se crean barreras económicas cuando existen ventajas absolutas en costos derivadas, por ejemplo, del acceso a recursos muy privilegiados que otros no tienen.

b.3. Estratégicas

Este tipo de barreras tiene su origen en el comportamiento de las empresas ya establecidas en el mercado, que sirve como elemento disuasivo frente a potenciales entrantes. Se pueden manifestar a través de estrategias comerciales, por ejemplo, a través de las condiciones de venta que fijan las empresas tales como ventas con precios por debajo de costos, despliegue de capacidad productiva en exceso frente a las necesidades regulares de la demanda, políticas de “acaparamiento de marcas”, etc. De igual modo, también pueden manifestarse a través de políticas contractuales como por ejemplo, la celebración de numerosas relaciones de distribución exclusiva con puntos de venta, entre otros.

La evaluación de las barreras de entrada al mercado para efectos de la identificación de una posición de dominio no busca hacer un juicio valorativo sobre dichas barreras sino más bien determinar si existen y de qué magnitud son, a fin de establecer si ellas hacen menos competitivo el mercado y, por ende, si puede existir una empresa con posición de dominio.

11 Esto sucede, por ejemplo, en casos como el de una empresa prestadora de servicios de agua potable y alcantarillado, en que no es eficiente que una segunda operadora ingrese al mercado y duplique toda la infraestructura de red ya desplegada, siendo que las propias características de la actividad y de la inversión involucradas hacen inviable la competencia de nuevos actores. En este caso, la barrera estructural o económica existente es tan elevada que protege al operador de forma absoluta frente a la competencia y, por ende, determina que dicho operador tenga posición de dominio.

La existencia de una empresa con elevada participación en un mercado altamente concentrado puede relativizarse si el análisis de barreras de acceso al mercado demuestra que éstas son reducidas o bajas y, en consecuencia, que existe considerable posibilidad de competencia potencial. Por el contrario, si se encuentra que el mercado presenta elevadas barreras de acceso, se estaría confirmando el análisis de competencia actual y la posición de dominio de dicha empresa.

Finalmente, también suele añadirse la evaluación del denominado poder de compra dentro del análisis de posición de dominio. En este aspecto, lo que se analiza es si los compradores tienen capacidades suficientes como para contrarrestar las decisiones de la empresa denunciada y es por ello que se denomina poder de compra. En particular, se evalúa si los compradores tienen la capacidad de concentrar la demanda y negociar conjuntamente con el proveedor supuestamente dominante, si dadas las características y fortaleza del comprador está en posibilidad de integrarse verticalmente con algún competidor de éste e incluso si puede adquirir a alguno de estos competidores para sustituir la necesidad de compra al supuestamente dominante.

Como puede observarse de la siguiente cita, la definición de posición de dominio que contiene la ley peruana recoge en gran medida el método de análisis descrito:

“Art. 7.- De la posición de dominio en el mercado

7.1. Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:

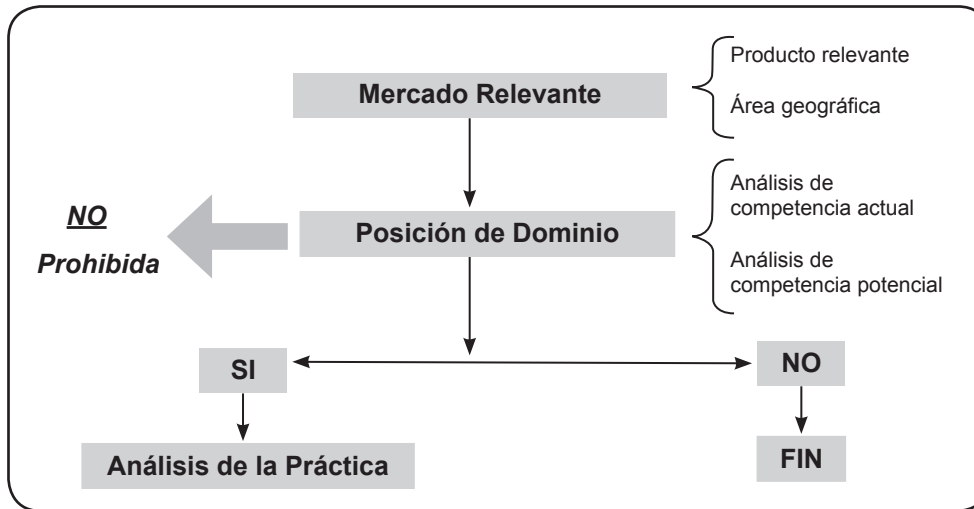
- a) Una participación significativa en el mercado relevante.*
- b) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.*
- c) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.*
- d) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.*
- e) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.*
- f) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.*

7.2. La sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita”¹².

Un punto importante a resaltar de la ley es que se establece de modo expreso que la existencia de posición de dominio no es ilícita, siendo necesario que se identifique un acto de abuso de posición de dominio para que se infrinja la ley.

¹² Decreto Legislativo N°1034.

Gráfico N°5
Existencia de Posición de Dominio



c. Abuso de posición de dominio

En cuanto a los actos de abuso de posición de dominio, sin perjuicio del análisis más detallado que se realizará más adelante, corresponde aquí hacer algunas distinciones de importancia para comprender la evolución que ha tenido la interpretación del tipo de actos de abuso que prohíbe la ley en el Perú¹³.

Los actos de abuso de posición de dominio se suelen clasificar en dos grandes categorías conocidas como:

13 Sobre el abuso de posición de dominio puede verse, entre otros: ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. (2006). "Delimitación de la Noción de Abuso de una Posición de Dominio". En: MARTÍNEZ LAGE, Santiago y PETITBÓ JUAN, Amadeo. (Directores). (2006). *El Abuso de la Posición de Dominio*. Madrid, Marcial Pons, pp. 193-226. BULLARD, Alfredo. (1997). "¿Dejar competir o no dejar competir? He ahí el dilema. Las prácticas predatorias y el abuso de posición de dominio". En: *Themis*. N° 36. Lima. Forma e Imagen, pp. 65-89. EUROPEAN COMMISSION – DIRECTORATE GENERAL OF COMPETITION. (2005). *Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*. Brussels, European Commission. QUINTANA, Eduardo y VILLARÁN, Lucía. (2008). "Sobre la prohibición de abuso de posición de dominio sin necesidad de probar relación de competencia". En: *Derecho & Sociedad*. N°31. Lima, Editora y Comercializadora Cartolan, pp. 318-319. REY, GUAL, HEWITT, PERROT, POLO, SCHMIDT y STENBACKA. (2006). "Un Enfoque Económico del Artículo 82". En: MARTÍNEZ LAGE, Santiago y PETITBÓ JUAN, Amadeo. (Directores). (2006). *El Abuso de la Posición de Dominio*. Madrid, Marcial Pons, pp. 99-154.

- abuso explotativo, y
- abuso exclusorio o excluyente.

Al respecto, el Tribunal del Indecopi ha señalado de forma precisa lo siguiente:

“19. Una práctica exclusoria es considerada como aquella cuyos efectos impactan principalmente en la estructura de mercado, o que apuntan a reforzar el poder de mercado de un dominante colocando en desventaja a otros competidores, por ejemplo, mediante la negativa a contratar o denegar el acceso a facilidades esenciales. Por su parte, los abusos denominados explotativos implican la explotación o ejercicio mismo del poder de mercado y son aquellos que impactan directamente en los consumidores o proveedores, por ejemplo, mediante la imposición de precios ‘excesivos’ (de venta o de compra) o condiciones y términos irrazonables”¹⁴.

Por su parte, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi plantea lo siguiente sobre cada una de las categorías de abuso de posición de dominio:

“24. Las conductas exclusorias tienen el efecto real o potencial de afectar la competencia, en beneficio del dominante y en perjuicio de sus competidores actuales o potenciales, directos o indirectos. Es importante precisar que se trata de conductas que tienen la capacidad de afectar a los competidores del dominante por razones distintas a la mayor eficiencia económica. Las conductas exclusorias generan un impacto directo en el proceso competitivo y un impacto indirecto sobre el bienestar de los consumidores pues, al reducir los niveles de competencia (efecto directo), reducen las opciones disponibles para los consumidores (efecto indirecto). Pueden ser conductas exclusorias la negativa de trato, la discriminación de precios, las ventas atadas, los precios predatorios, etc.
25. Las conductas explotativas consisten en el ejercicio directo del poder de mercado del dominante. A través de estas conductas, el agente económico que goza de posición de dominio impone a sus clientes o proveedores condiciones que le permiten obtener mayores beneficios económicos (condiciones distintas a las que hubiera podido establecer si no gozara de posición de dominio). Las conductas explotativas no sólo no afectan el proceso competitivo sino que incluso podrían dinamizarlo, incentivando el ingreso de nuevos competidores atraídos por las ganancias del dominante. Son ejemplos de conductas explotativas los ‘precios excesivos’ y la ‘discriminación explotativa’ ”¹⁵.

14 Resolución N°0708-2011/CS1-INDECOPI, del 16 de marzo del 2011. Corresponde indicar que la parte de la resolución citada remite en nota a pie de página a las siguientes referencias: GOYDER, D.G. (2003). *EC Competition Law*. Great Britain, Oxford University Press, pp. 284-285. MOTTA, Massimo y DE STREEL, Alexandre. (2003). *Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law*. Consulta en: <http://www.eui.eu/Personal/Motta/Papers/ExcessivePrices18122003.pdf>. (23 de septiembre del 2012).

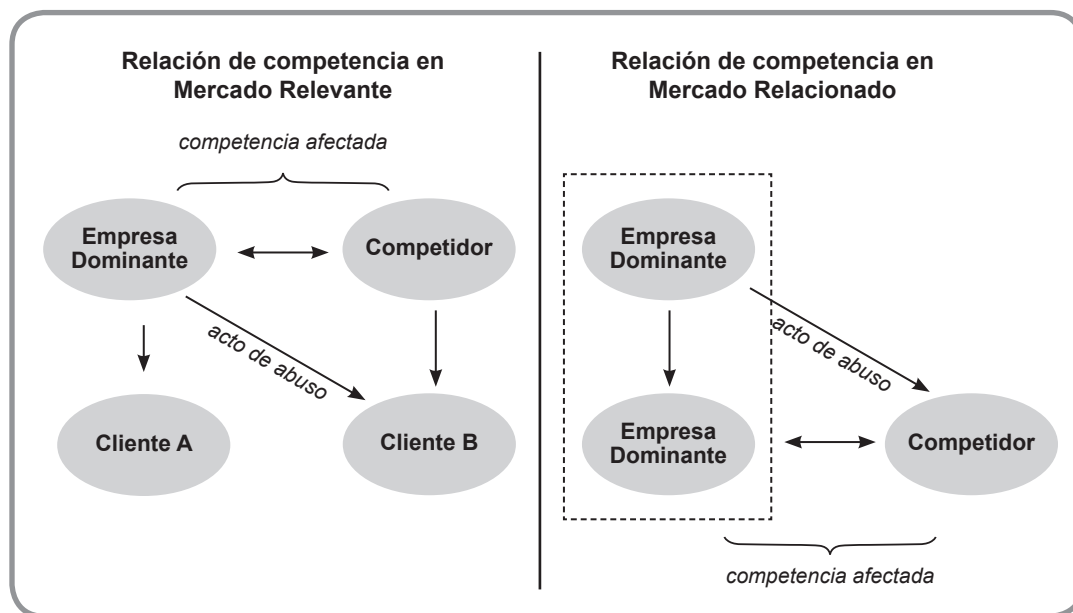
15 Resolución N°005-2010/ST-CLC-INDECOPI, del 15 de abril del 2010.

Adicionalmente a lo señalado, cabe distinguir también dos tipos de abuso exclusorio o excluyente, según sus efectos anticompetitivos impacten sobre un competidor directo o indirecto de la empresa dominante o en una empresa que es puesta en desventaja frente a sus rivales pero que no compite con la dominante. La distinción en este caso es entre:

- actos de abuso exclusorio con relación de competencia, y
- actos de abuso exclusorio sin relación de competencia o arbitrarios.

Los actos de abuso con relación de competencia significan que la actuación de la empresa dominante perjudica a sus competidores, ya sea en el mismo mercado en que ella actúa o a competidores de empresas de su mismo grupo económico que operan en mercados relacionados. De este modo, la empresa dominante actúa con intención de excluir a sus competidores directos o a competidores indirectos en mercados relacionados pues tiene incentivos para perjudicarlos en la medida que ello, a su vez, le reporta el beneficio de reducir o eliminar a la competencia¹⁶.

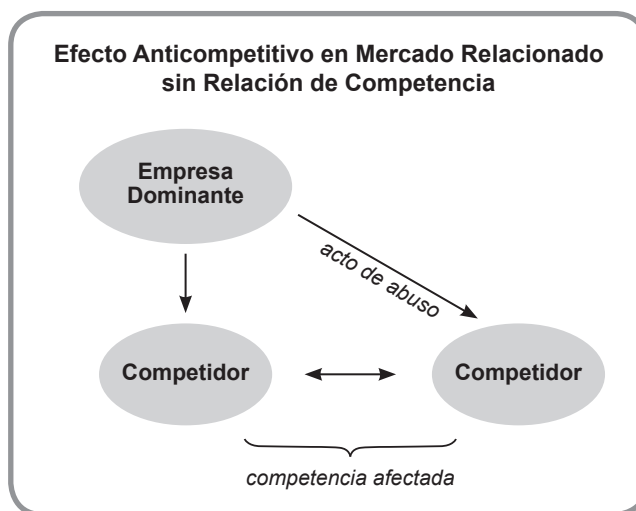
Gráfico N°6
Relación de Competencia en el Mercado Relevante y en un Mercado Relacionado



16 QUINTANA, Eduardo y VILLARÁN, Lucía. (2008). Op.Cit., pp. 318-319.

Los actos de abuso exclusorio sin relación de competencia implican que la empresa dominante restringe la competencia en mercados relacionados, perjudicando a una o más empresas frente a sus competidores pero sin que la dominante compita en forma alguna con las empresas afectadas; es decir, ni siquiera a través de empresas de su mismo grupo económico. En este caso, la empresa dominante no actúa con intención de restringir la competencia, pues no obtiene beneficios competitivos al perjudicar a una empresa frente a sus rivales. Sin embargo, la empresa dominante puede lograr otro tipo de beneficio a través de ese comportamiento; por ejemplo, un beneficio de tipo económico. En este supuesto se generan efectos restrictivos de la competencia pues unos competidores quedan en desventaja frente a otros como consecuencia de la actuación de la empresa dominante, pero ésta no tiene incentivos anticompetitivos, por lo cual estos actos también se conocen como de abuso arbitrario.

Gráfico N°7
Efecto Anticompetitivo en un Mercado Relacionado sin Relación de Competencia



Cabe precisar que los casos de abuso exclusorio sin relación de competencia no son equivalentes a los actos de abuso explotativo, en tanto que en los primeros sí se producen efectos excluyentes que afectan el proceso competitivo¹⁷.

¹⁷ Idem.

1.1.2. Prácticas Colusorias

Las prácticas colusorias son comportamientos coordinados entre agentes competidores o agentes que actúan en distintas etapas del proceso productivo o de comercialización que, a través de la coordinación, dejan de actuar de modo independiente entre sí y se comportan coludidos según los términos pactados o convenidos, creando así una restricción indebida de la competencia.

A diferencia de lo que ocurre con los actos de abuso de posición de dominio que son, por regla general, unilaterales, las prácticas colusorias involucran siempre a dos o más agentes. Además, estos agentes deben ser necesariamente independientes, es decir, deben tener la capacidad de tomar decisiones comerciales y empresariales por su propia cuenta y riesgo, pues sólo así pueden optar por no actuar de modo independiente a través de la práctica colusoria. Por ello, si las empresas no son independientes, ya sea porque pertenecen al mismo grupo económico o, por alguna razón, no pueden actuar con libertad de decisión, no cumplen la premisa básica para incurrir en una práctica colusoria ilegal.

La práctica colusoria se clasifica como horizontal o vertical en función del tipo de agentes que participan de la misma.

a. Prácticas colusorias entre competidores

Las prácticas colusorias horizontales se producen entre dos o más agentes que compiten entre sí, es decir, entre empresas que producen y/o venden bienes que son sustitutos (por ejemplo, bienes que cumplen la misma finalidad pero son de distintas marcas). Por ello, se señala que estas prácticas involucran a empresas que se encuentran en el mismo nivel de la cadena productiva o de comercialización¹⁸.

18 Sobre las prácticas colusorias entre competidores puede ver: COMISIÓN EUROPEA. (2001). *Directrices sobre la Aplicabilidad del Artículo 81 del Tratado CE a los Acuerdos de Cooperación Horizontal*. En Diario Oficial de los UE. N° C3/02. 06 de enero del 2001. Oficina de Publicaciones de la UE. U.S. FEDERAL TRADE COMMISSION AND US DEPARTMENT OF JUSTICE. (2000). *Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors. United States of America*. GALÁN CORONA, Eduardo. (1977). *Acuerdos Restrictivos de la Competencia*. Madrid, Editorial Montecorvo. IVALDI, JULLIEN, REY y otros. (2003). *The Economics of Tacit Collusion (Final Report for DG Competition, European Commission)*. Consulta en: http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf (visitada el 23 de septiembre del 2012). MOTTA, Massimo. (2009). "Cartels in the European Union: Economics, Law, Practice". En: VIVES, Xavier. (Editor). *Competition Policy in the EU, Fifty Years on from the Treaty of Rome*. Great Britain. Oxford University Press, pp. 95-134. PHILIPS, Louis. (1995). *Competition Policy: A Game-Theoretic Perspective*. Glasgow, Cambridge University Press, pp. 1-20. QUINTANA, Eduardo. (2011b). "La idoneidad de los carteles y su prohibición absoluta o *per se*". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N°152. Lima, Imprenta Editorial El Buho, pp. 329-346. VELASCO, Luis. (2005). "Acuerdos, decisiones colectivas y prácticas concertadas". En: *Derecho Europeo de la Competencia: Antitrust e Intervenciones Públicas*. España, Lex Nova, pp. 55-101.

En este caso, se trata de conductas producto del acuerdo de dos o más competidores que, individualmente, no tienen poder de mercado sustancial, pero que lo obtienen artificialmente a través de la colusión y dejando de competir actúan como si fueran un monopolio.

Piénsese, por ejemplo, en un acuerdo por el cual los competidores dejan de fijar su precio independientemente y lo hacen todos en conjunto, o un acuerdo por el cual los competidores se asignan cada uno un territorio y se comprometen a no ingresar al del otro.

En tales situaciones, el resultado más grave de las prácticas colusorias entre competidores es que se producen efectos similares al de un monopolio, tanto en términos de rentabilidad para los participantes del cartel como de perjuicio para los consumidores. Al eliminar el riesgo de la competencia aprovechándose de la colusión, las empresas pueden obtener beneficios indebidos y mayores a los que lograrían en una situación de competencia (o como dirían los economistas, pueden obtener rentas monopolísticas)¹⁹.

Cuando las prácticas colusorias tienen como finalidad única y directa afectar las condiciones de oferta en el mercado, por lo general producen efectos dañinos, entre los que se pueden señalar los siguientes:

- Afectan al comprador o consumidor al permitir que se le cobre precios mayores o que se le imponga condiciones menos beneficiosas que las que primarían en un mercado competitivo.
- Privan al comprador o consumidor de la posibilidad de elegir entre distintas opciones de precios, calidades u otras condiciones de venta.
- Limitan los incentivos a la eficiencia e innovación de las empresas que participan de la práctica pues, al desaparecer los riesgos de la competencia, también desaparece el impulso a ganarle a los rivales.

Al tratarse de prácticas a través de las cuales los competidores le hacen un “fraude” al mercado por dejar de competir y comportarse artificialmente como un único agente, con el fin de obtener beneficios inválidos, el tratamiento legal de estas conductas suele ser bastante drástico.

¹⁹ Debe tenerse en cuenta para estos efectos que, por lo general, las prácticas colusorias no buscan excluir a competidores del mercado –con la notoria excepción de los boicots– sino más bien asegurar la participación de la mayor parte o de todas las empresas que actúan en el mercado, a fin de poder manipular efectivamente la formación de los precios y otras condiciones de la oferta.

Las modalidades más conocidas de prácticas colusorias entre competidores son los acuerdos y las denominadas prácticas concertadas o concertaciones²⁰. Adicionalmente, algunos marcos legales incluyen también las decisiones y las recomendaciones dentro de las modalidades de prácticas colusorias, como sucede con la ley peruana como se verá más adelante.

El acuerdo es típicamente un concierto de voluntades (vía un contrato, convenio, pacto, entre otros) a través del cual los competidores llegan al compromiso de actuar bajo un plan de acción común, con la finalidad de restringir la competencia entre ellos para evitar así los riesgos que podrían afrontar si lucharan en el mercado por la preferencia de los clientes.

El compromiso puede ser escrito o incluso oral y puede tener carácter vinculante o no para las empresas participantes. Por ello, su exigibilidad puede darse a través de mecanismos reconocidos por el sistema legal o simplemente a través de supervisión y medidas de sanción privadas²¹. De ello se deduce que un compromiso que sólo es vinculante moralmente para las empresas, lo que suele llamarse un pacto o acuerdo de caballeros (en los cuales existe un "compromiso de honor de la palabra empeñada"²²), puede llegar a calificar como un acuerdo ilícito²³. La existencia de los acuerdos se demuestra, por regla general, a través de prueba directa.

Las prácticas concertadas se configuran cuando los competidores actúan coordinadamente en el mercado de forma consciente, sin que tal forma de actuación pueda explicarse por las características y condiciones del mercado, sino únicamente considerando que ha existido una conexión o enlace entre los implicados. Lo relevante en este tipo de conductas es demostrar fehacientemente que el comportamiento de los competidores no responde a las condiciones naturales del mercado, sino que ha existido alguna forma de coordinación destinada a no

20 Cabe mencionar que los términos acuerdo y concertación coinciden con las denominaciones inglesas "agreement" o "combination" y "conspiracy" o "collusion"; al respecto puede verse: KHEMANI, Shiam y SHAPIRO, Daniel. (1996). *Glosario de Términos Relativos a la Economía de las Organizaciones Industriales y a las Leyes sobre Competencia*. Washington D.C., Banco Mundial y OECD, pp. 2, 7-9 y 14.

21 Téngase en cuenta que si el acuerdo es manifiestamente anticompetitivo se tratará de un compromiso ilícito y, por ende, la exigibilidad del mismo no podría respaldarse en mecanismos reconocidos por el sistema legal. Es decir, si los competidores han acordado fijar los precios entre ellos sustituyendo así al mercado, ninguno pretenderá hacer exigible ese acuerdo ante el Poder Judicial o un tribunal arbitral.

22 La frase citada corresponde a VELASCO, Luis Antonio. (2005). OP. cit.

23 El Indecopi tienen este concepto amplio de lo que constituye un acuerdo entre competidores y lo ha puesto de manifiesto en numerosas decisiones. A manera de ejemplo puede verse la Resolución N°036-2004-INDECOPI/CLC, del 23 de junio del 2004: "51. El término acuerdo no se limita a acuerdos vinculantes en derecho, siendo suficiente que una de las partes voluntariamente se obligue a limitar su libertad de acción en relación con la otra, por lo que un compromiso vinculante sólo moralmente es por tanto un 'acuerdo'. Puede haber, en efecto, acuerdos que no pretenden obligar jurídicamente a las partes, pero que comprometen la palabra o la credibilidad de quienes los pactan. Son los que se conocen como 'acuerdos entre caballeros' ('gentlemen agreements')".

competir. La existencia de prácticas concertadas tiene que demostrarse a través de medios indirectos de prueba, ya que la prueba directa no existe o nunca llega a encontrarse (pues los infractores suelen ocuparse de desaparecerla). Por ello, se demuestran analizando el comportamiento o actuación coordinada de los infractores en el mercado (denominada usualmente como “paralelismo”) y otros elementos de juicio o evidencias que, indirectamente y a través de inferencias válidas, permitan concluir que existió un concierto de voluntades entre los competidores (prueba indirecta)²⁴.

Las decisiones son acuerdos adoptados al interior de asociaciones o gremios de empresas competidoras. Las decisiones tienen carácter vinculante para los miembros y su objetivo es restringir la competencia entre ellos. Desde el punto de vista del Indecopi las decisiones tienen las siguientes características:

“54. La decisión de la asociación puede haber sido adoptada por la mayoría de miembros de algún órgano colegiado de la misma (asamblea general de asociados, junta directiva, comités, etc.), o puede derivar de la declaración de un órgano unipersonal (presidente, gerente general, etc.).

55. Es importante analizar las decisiones colusorias tomadas a través de órganos colegiados al interior de una asociación. Debido a que los órganos colegiados acuerdan según determinados quórum y mayorías, bastará que el acuerdo se apruebe en una sesión válida (el quórum establecido en el Estatuto) y por mayoría del cuerpo colegiado para considerar que ha sido acordado por todos los integrantes, así no hayan estado presentes. Los ausentes se considerarían eximidos de responsabilidad sólo si oportunamente hubieran manifestado su oposición al acuerdo y no lo hayan ejecutado. El silencio de los asistentes a la reunión importaría la aceptación tácita del acuerdo adoptado por el órgano colegiado si realizan actos que traducen la ejecución del acuerdo colusorio.

(...)

57. En ese orden de ideas, es válido afirmar que lo que diferencia al acuerdo de la decisión es que en el acuerdo todos prestan su consentimiento a lo pactado, mientras que en la decisión puede ocurrir que las empresas obligadas a cumplirla no hayan dado su consentimiento expreso, e incluso pueden haberse opuesto. En este último caso,

²⁴ El Indecopi ha emitido diversos pronunciamientos reconociendo estas características en las prácticas concertadas, baste como ejemplo la Resolución N°036-2004-INDECOPI/CLC, del 23 de junio del 2004: “66. En ese sentido, la práctica concertada, aunque no contiene todos los elementos del acuerdo, evidencia una coordinación manifestada por el comportamiento de los participantes, que puede llevar a unas condiciones de competencia no esperadas por las características del mercado.

(...) 68. Una práctica concertada debe ser probada adecuadamente, aunque puede ser suficiente la prueba de presunciones. En efecto, la prueba de las prácticas concertadas se hace normalmente apoyándose en indicios y presunciones sobre su existencia, basadas fundamentalmente en el hecho de que el comportamiento de las empresas en el mercado sería inexplicable si no existiere algún tipo de concertación entre ellas”.

los responsables serán todos menos los que se hubieran opuesto expresamente y no hubieran ejecutado el acuerdo.

58. Los acuerdos llevados a cabo en el marco de una asociación pueden ser analizados como decisiones de tal asociación o como acuerdos entre sus miembros. Ello para evitar que los socios eludan sus responsabilidades colusorias por el hecho de trasladar la autoría formal al ente colectivo. De esta forma, a la decisión de una asociación de empresas, aunque suponga un acto unilateral de una sola persona jurídica, se le presume la multilateralidad por el hecho de agrupar en su seno a diversas empresas.

(...)

60. Como puede verse, tratándose de asociaciones de empresas, los acuerdos y las decisiones son dos caras de la misma moneda. Si la asamblea de asociados aprueba los precios que van a cobrar cada una de las empresas asociadas, dicho acto constituye un acuerdo de las empresas y una decisión de la asociación. En ambos casos se trata de una práctica colusoria tipificada como infracción administrativa”²⁵.

Finalmente, también según el Indecopi, las recomendaciones tienen las siguientes características en comparación con las decisiones:

“53. Los entendimientos adoptados por asociaciones de empresas o corporaciones con fines o efectos contrarios a la competencia constituyen decisiones si tienen carácter vinculante, o recomendaciones si tienen únicamente carácter orientativo. Dicho de otro modo, la decisión puede ser de obligatorio cumplimiento, en virtud de las normas que rijan la asociación en cuyo seno se ha adoptado, o puede no ser obligatoria y tratarse simplemente de una recomendación.

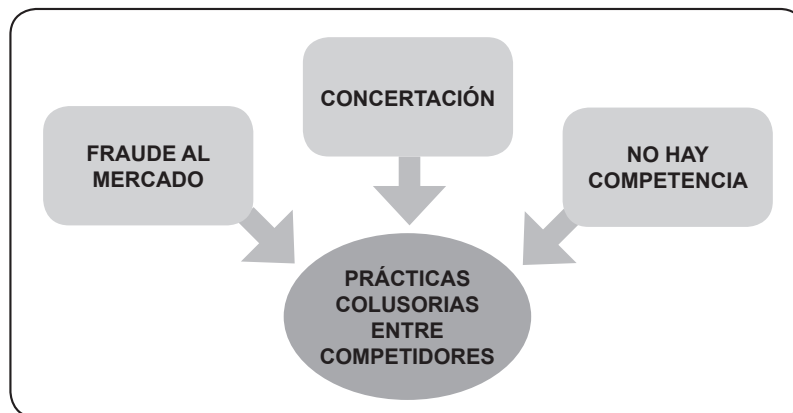
(...)

61. Si la declaración de la autoridad unipersonal (por ejemplo el presidente de la asociación) no fuera vinculante, sino que se tratara de una mera sugerencia u orientación, entonces se tipificará la infracción de la siguiente forma: el presidente habrá formulado una recomendación y será sancionado por ello, mientras que las empresas que acataron la recomendación serán sancionadas por la modalidad del acuerdo”²⁶.

²⁵ Resolución N°036-2004-INDECOPI/CLC, del 23 de junio del 2004.

²⁶ Op. cit.

Gráfico N°8
Prácticas Colusorias entre Competidores



Las prácticas colusorias entre competidores pueden producir efectos perjudiciales producto de la restricción de la competencia que ocasionan, así como efectos beneficiosos derivados de la actuación conjunta de los competidores en el mercado. En función de ello, existen dos criterios típicos para el análisis de prácticas colusorias entre competidores.

De un lado, la prohibición automática, según la cual basta que la práctica exista, independientemente de los efectos perjudiciales que haya ocasionado. Este criterio de análisis fue denominado originalmente como ilegalidad *per se*. De otro lado, está el criterio de prohibición en función de los efectos de la práctica colusoria, de modo que la declaración de ilegalidad requiere que se demuestren efectos dañinos en el mercado, lo que implica comparar beneficios y perjuicios en los casos de prácticas colusorias con efectos mixtos, para identificar si el efecto neto es negativo, pues sólo en ese caso la conducta será ilegal. Este criterio fue denominado originalmente como la *rule of reason* o regla de la razón²⁷.

El criterio de prohibición automática o ilegalidad *per se* fue creado por la Corte Suprema de Estados Unidos para los casos de fijación de precios entre competidores, por acuerdo o mediante una concertación, así como para aquellas prácticas que –indirectamente– tienen un efecto equivalente como sucede con la reducción de la producción u oferta o el reparto

27 GELLHORN, Ernest y KOVACIC, William. (1994). *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*. United States of America, West, pp. 165-169. HOVENKAMP, Herbert. (2005b). *The Antitrust Enterprise, Principle and Execution*. United States of America, Harvard University Press, pp. 253-268.



de mercado. Según la Corte Suprema de Estados Unidos, la experiencia demuestra que ese tipo de conductas, por su propia naturaleza, tienden a restringir la competencia sin una razón que las justifique y, por ello, resulta inconveniente utilizar recursos privados o públicos para determinar si en algún caso remoto producen efectos beneficiosos²⁸.

Las prácticas colusorias antes indicadas son rigurosamente perseguidas y sancionadas sin mayor indagación sobre sus efectos, debido a que su único objeto es restringir la competencia. Este tipo de prácticas se ha denominando también como *hard core cartels*. Para su declaración de ilegalidad no se requiere cuantificar los efectos perjudiciales de la práctica o si la misma produjo los efectos esperados por los infractores²⁹.

Sin perjuicio de lo indicado, la aplicación del criterio de prohibición automática se ha restringido a las prácticas más dañinas, considerando que en muchas circunstancias es adecuado estudiar la razonabilidad de las prácticas y sus efectos en cada caso concreto, evitando así sancionar como ilegales aquellos acuerdos que, sin aparentarlo, generan mayor bienestar para los consumidores, reducen los costos de transacción o conducen a una mayor eficiencia en la cadena productiva³⁰. Es decir, un conjunto de prácticas colusorias horizontales se analiza bajo el criterio de la denominada regla de la razón.

Ello se debe a que, además de producir efectos restrictivos de la competencia, las prácticas colusorias entre competidores también pueden producir efectos beneficiosos, como por ejemplo los acuerdos de estandarización de calidad que benefician a los consumidores al reducir los denominados costos de búsqueda entre distintas presentaciones³¹. Sólo a manera de ejemplo pueden considerarse los acuerdos de investigación y desarrollo³².

Las empresas usualmente tratan de mejorar los productos o servicios que ofrecen para satisfacer las necesidades de los consumidores, dando lugar a innovaciones de distinto calibre.

28 AREEDA, Philip y KAPLOW, Louis. (1988). *Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases*. United States of America, Wolters Kluwer Law & Business, pp. 226-227. HOVENKAMP, Herbert. (2005b). Op. Cit., 260-267.

29 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. (2000). *Hard Core Cartels*. Perú, OECD Publications Service. La denominación de carteles duros se encuentra reconocida en el ámbito del Derecho de la Competencia y se refleja, por ejemplo, en los lineamientos emitidos por las autoridades de defensa de la competencia de Estados Unidos o la Comunidad Europea. Ver: U. S. FEDERAL TRADE COMMISSION AND US DEPARTMENT OF JUSTICE. (2000). Op. Cit., pp. 3 y 8-9; COMISIÓN EUROPEA. (2001). Op. Cit., párrafos 18 y 25.

30 AREEDA, Philip y KAPLOW, Louis. (1988). Op. Cit., pp. 198-199 y 225. BORK, Robert. (1993). *The Antitrust Paradox, a Policy at War with Itself*. United States of America, Simon & Schuster, pp. 26-30.

31 Para una revisión de este tipo de prácticas colusorias y su tratamiento legal en el Perú puede verse: BULLARD, Alfredo y FALLA, Alejandro. (2002). "La mujer del César... ¿son los Acuerdos de Compras Conjuntas Ilegales según las Normas de Libre Competencia?". En: *Ius et Veritas*. N°25. Lima, Tarea Gráfica Educativa. QUINTANA, Eduardo. (2009). "Los Acuerdos de Investigación y Desarrollo frente al Derecho de la Competencia Peruano". En: KRESALJA, Baldo (editor). *Anuario Andino de Propiedad Intelectual*. N°6. Lima, Palestra Editores.

32 Lo que sigue ha sido tomado de QUINTANA, Eduardo. (2009). Op. Cit., pp. 312-315.

Por lo general la innovación se logra a través de actividades de investigación y desarrollo, que suponen una inversión que puede ser considerable y a veces bastante riesgosa.

Piénsese por ejemplo en la búsqueda de medicamentos para el tratamiento de enfermedades muy graves, actividad que exige recursos cuantiosos sin que pueda asegurarse por anticipado que se lograrán resultados positivos y que puede tomar bastante tiempo. Se trata de actividades que requieren inversiones riesgosas, cuantiosas y de largo plazo.

Dadas las características de la inversión requerida es posible que las empresas competidoras decidan realizar esas actividades en conjunto, para lo cual buscarán llegar a acuerdos de investigación y desarrollo. Estos acuerdos reducen la exposición al riesgo y permiten reunir e invertir en conjunto los recursos necesarios. Asimismo, permiten que las empresas contribuyan con activos, conocimientos y/o tecnologías que cada una puede tener por separado y que son complementarios entre sí.

Sin embargo, un acuerdo de investigación y desarrollo también puede ocasionar restricciones significativas al proceso competitivo entre los participantes, así como la exclusión de otras empresas competidoras no participantes del mismo. Como ya se ha mencionado, los acuerdos entre competidores les permiten alcanzar en conjunto un poder de mercado que no tienen individualmente. Los acuerdos de investigación y desarrollo entre competidores pueden incluir condiciones que involucran prácticas típicamente prohibidas por las normas de competencia, como por ejemplo la fijación concertada de precios de los productos derivados de la innovación alcanzada o el reparto de mercado para la comercialización de tales productos.

En función de lo anterior, el Derecho de la Competencia asume válidamente que el mejor criterio para evaluar ese tipo de acuerdos es considerando sus efectos negativos y positivos para el mercado y el bienestar de los consumidores en el corto y largo plazo. Debe tenerse en cuenta que una restricción de la competencia en el corto plazo puede resultar mucho más beneficiosa para el mercado en su conjunto en el largo plazo. Por ejemplo, una restricción temporal de la capacidad de un laboratorio de realizar actividades de investigación y desarrollo individualmente, para realizarla en conjunto con otros laboratorios competidores, puede resultar en el largo plazo en un gran beneficio para los consumidores.

b. Restricciones verticales de la competencia

Las restricciones verticales de la competencia se producen entre agentes económicos que realizan actividades en distintos niveles de la cadena de producción o comercialización, actividades que –por lo general– son complementarias, como por ejemplo las de un fabricante y su proveedor de insumos, o de un fabricante y sus canales de distribución mayorista



y/o minorista; por ello, se las califica como verticales al involucrar una relación de esta naturaleza³³.

Las restricciones verticales requieren necesariamente la participación de dos o más agentes independientes entre sí, y que al menos uno de ellos decida o acepte sujetar o restringir su libre voluntad empresarial en función del compromiso asumido con el o los otros agentes. Esta restricción coordinada de la libertad puede manifestarse en diversos aspectos de la relación comercial existente entre los agentes que participan en distinto nivel de la cadena de producción y comercialización, por ejemplo, los precios a cobrar, el área geográfica a atender, los productos que pueden venderse, el canal de comercialización a utilizar, entre otros.

Las prácticas colusorias verticales pueden manifestarse a través de las mismas modalidades que las prácticas colusorias horizontales; es decir, mediante acuerdos, prácticas concertadas, decisiones o recomendaciones. La principal diferencia radica en que en las prácticas verticales participan agentes de distintos niveles de la cadena productiva o de comercialización.

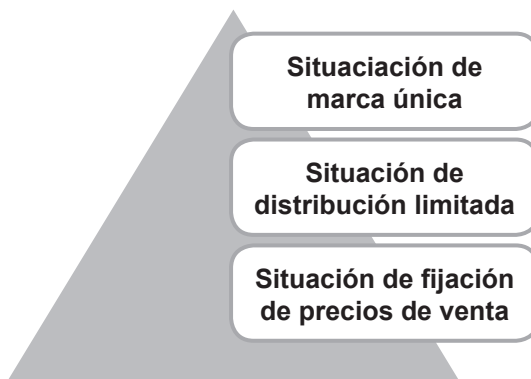
Sin perjuicio de ello, las restricciones verticales pueden presentarse en una gran variedad de ámbitos y aspectos del quehacer empresarial, por lo que a continuación se explican solamente algunas de sus principales manifestaciones³⁴.

En particular, se describen tres tipos genéricos de restricciones verticales, asumiendo para fines explicativos una relación entre fabricante y comercializador mayorista o minorista.

33 Sobre las prácticas colusorias verticales puede verse, entre otros: ABA SECTION ON ANTITRUST LAW. (2006). *Antitrust Law and Economics of Product Distribution*. United States of America, ABA Publishing. BAMBERGER, Gustavo. (2009). "Revisiting Maximum Resale Price Maintenance: *State Oil v. Khan*". En: KWOKA y WHITE. (editores). *The Antitrust Revolution*. United States of America, Oxford University Press, pp. 456-472. COMISIÓN EUROPEA. (2010). *Directrices relativas a las restricciones verticales*. En: Diario Oficial de la Unión Europea. N° 2010 IC 130101. 19 de mayo del 2010. Oficina de Publicaciones de la UE. FALLA, Alejandro y BULLARD, Alfredo. (2002). "¡Prohibido prohibir!: el fantasma de los precios sugeridos y la fijación de precios de reventa en el Derecho de la Competencia". En: *Thémis*. N°45. Lima, pp. 215-227. KATZ, Michael. (2009). "Exclusive Dealing and Antitrust Exclusion: *U.S. v Dentsply*". En: KWOKA y WHITE. (editores). *The Antitrust Revolution*. United States of America, Oxford University Press, pp. 389-415. MARTÍNEZ, Martha y QUINTANA, Eduardo. (1998). "Contratos de exclusividad y ventas atadas. Cuando lo atado es la exclusividad". En: *Boletín Latinoamericano de Competencia*. N°5 pp. 51-59. Comunidad Europea, ver: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/> (visitada el 17 de diciembre de 2012). REY, Patrick y CABALLERO, Francisco. (1996). "The Policy Implications of the Economic Analysis of Vertical Restraints". En: *European Community - Economic Papers*. N°119. Directorate General for Economic and Financial Affairs, European Commission.

34 En esta parte utilizamos una clasificación planteada por la Comisión Europea, dada su simplicidad explicativa.

Gráfico N°9
Tipos de restricciones verticales



b.1. Restricciones que determinan una situación de marca única

Existen cuando uno o más comercializadores aceptan vender los bienes de un solo fabricante o de una sola marca. En tal sentido, el o los comercializadores restringen su libre voluntad empresarial comprometiéndose a comprar solamente los bienes de ese fabricante y a ofrecer solamente esos bienes a través de su canal de distribución o punto de venta. Este tipo de prácticas puede encontrarse en contratos de aprovisionamiento exclusivo, cláusulas de no competencia, cuotas mínimas de venta, entre otras.

Los efectos restrictivos de la competencia más directos que se generan con estas restricciones son, principalmente, los siguientes:

- Excluyen a otros fabricantes de acceder a los canales de comercialización o puntos de venta que se hayan comprometido con la marca única;
- Reducen la competencia que pudiera darse entre productos de distintas marcas en los puntos de venta de los comercializadores minoristas. Dado que este tipo de prácticas restringe la competencia entre fabricantes o bienes de distintos fabricantes, se señala que restringen la competencia entre marcas o inter-marca (*interbrand*).

b.2. Restricciones que determinan una situación de distribución limitada

Se presentan cuando un fabricante decide vender sus bienes a través de un solo comercializador. Con ello, el fabricante restringe su libre voluntad empresarial comprometiéndose a conducir todas sus ventas a través de un único canal de distribución o ventas. La forma más típica en que puede encontrarse este tipo de prácticas es en los contratos de distribución exclusiva

que, por lo general significan la asignación de una zona geográfica definida o de un número o tipo de clientes. El fabricante suele encargarse de prohibir o limitar la posibilidad de que un distribuidor salga de su ámbito de exclusividad e invada el de otros distribuidores exclusivos. Otra forma en que pueden presentarse las restricciones de distribución limitada son los contratos de distribución selectiva, a través de los cuales un fabricante opta por designar un número reducido de representantes autorizados para vender su marca, luego de un riguroso proceso de selección en base al cumplimiento de requisitos exigentes de calidad, prestigio u otros.

Los efectos restrictivos de la competencia que producen estas restricciones son, principalmente, los siguientes:

- Excluyen a otros comercializadores de poder adquirir los bienes del fabricante que se haya comprometido con la distribución limitada.
- Impiden o reducen la competencia que pudiera darse entre comercializadores de bienes de un fabricante.

Siendo que este tipo de prácticas restringe la competencia entre comercializadores de bienes de un mismo fabricante o de una misma marca, se señala que restringen la competencia dentro de una marca o intra-marca (*intrabrand*).

b.3. Restricciones que determinan una situación de fijación de precios de reventa

En este caso, el fabricante logra convencer y comprometer a uno o más comercializadores para que vendan sus bienes a los clientes al precio que defina dicho fabricante. De esta forma, los comercializadores restringen su voluntad empresarial aceptando que sea el fabricante quien determine el precio de venta al público. Estas restricciones se manifiestan en tres formas distintas: un precio fijo de reventa, un precio máximo, o un precio mínimo; siendo el primero el que mayor restricción genera, mientras que los otros dos ofrecen cierto margen de decisión al comercializador hacia abajo o hacia arriba, respectivamente.

Los efectos restrictivos de la competencia que producen estas restricciones son, principalmente, que eliminan o reducen la competencia por precios que pudiera darse entre comercializadores de bienes de un fabricante³⁵. Este tipo de prácticas también restringe la competencia entre comercializadores de bienes de un mismo fabricante o de una misma marca, por lo que también se enmarcan dentro del conjunto de prácticas que restringen la competencia dentro de una marca o intra-marca (*intrabrand*).

³⁵ Algunos plantean que se pueden facilitar prácticas colusorias horizontales entre los productores al crear mayor transparencia en la información sobre precios del mercado.

Las distintas formas de restricciones verticales de la competencia pueden darse de modo independiente o simultáneo. Así, un fabricante puede comprometerse con un comercializador en darle la distribución exclusiva de su marca y, a su vez, este comercializador también puede comprometerse con el fabricante a tener la marca única; y dentro de esta relación comercial podría pactarse incluso la fijación de los precios de reventa por el fabricante. Cuanto más compleja sea la red de restricciones verticales en vigor, mayor será la probabilidad de que se generen efectos restrictivos de la competencia más serios y, eventualmente, ilegales.

El análisis de los efectos restrictivos de la competencia, en el caso de prácticas verticales, usualmente se inicia por evaluar si la competencia entre fabricantes, es decir la competencia inter-marca, es fuerte, débil o no existe. Si la competencia inter-marca es considerable, los efectos de las restricciones verticales intra-marca (por ejemplo, si un fabricante escoge solo un distribuidor o si fija los precios de reventa de los distintos distribuidores que tiene) pueden ser neutralizados, pues aún cuando los comercializadores de una misma marca ya no compitan entre ellos, sí deberán hacerlo frente a los comercializadores de las otras marcas, permitiendo así que los compradores encuentren variedad de condiciones de venta entre las distintas marcas³⁶. Sin embargo, cuando la competencia inter-marca es débil, los efectos de las restricciones verticales intra-marca pueden resultar más serios, pues impiden o dificultan que los compradores encuentren distintas opciones cuando menos entre los distintos comercializadores del mismo producto o marca.

Adicionalmente, en cuanto al análisis de las restricciones inter-marca, cada fabricante puede tener su propia estrategia de negociación y convencimiento de los canales de distribución y venta, para tratar de decidirlos a comprometerse únicamente con su marca o productos. Esta pugna por “ganarse” a los canales de comercialización podría ser en sí misma una forma de competencia entre los fabricantes, pero debe tenerse en cuenta que una vez establecidos los compromisos verticales de marca única, el mercado de comercialización y venta final puede volverse rígido y hacer más complicada la entrada de nuevos fabricantes. Asimismo, existe la posibilidad de que algún fabricante tenga mayor éxito en convencer a los canales de distribución y venta, aislando a los demás fabricantes de los medios para llegar al consumidor final. En función de ello, este tipo de restricciones puede tener efectos restrictivos de la competencia más serios cuando alguno de los participantes cuenta con posición de dominio.

36 En este sentido se pronuncia la Comisión Europea al señalar lo siguiente: “En un mercado en el que los distribuidores individuales distribuyen la marca o marcas de un único proveedor, una reducción de la competencia entre los distribuidores de la misma marca llevará a una reducción de la competencia intramarca entre estos distribuidores, pero puede no tener un efecto negativo en la competencia entre los distribuidores en general. En tal caso, si la competencia intermarca es feroz, es poco probable que una reducción de la competencia intramarca tenga efectos negativos para los consumidores”. Comisión Europea (2010). Op. Cit.

Sin perjuicio de identificar y medir sus efectos restrictivos de la competencia, el análisis de las prácticas verticales también requiere examinar sus posibles efectos beneficiosos bajo un criterio de razonabilidad. En otras palabras, las restricciones verticales suelen analizarse bajo la denominada regla de la razón o criterio de sana crítica, que se ha definido como:

“Un enfoque jurídico utilizado por las autoridades o tribunales de la competencia mediante el cual se intenta evaluar los rasgos pro-competitivos de una práctica comercial restrictiva contra sus efectos anticompetitivos, con el objeto de decidir si tal práctica debe prohibirse o no. Probablemente se descubra, después de realizar un análisis, que algunas restricciones del mercado que prima facie dan lugar a asuntos relacionados con la competencia tienen beneficios válidos que aumentan la eficiencia. Por ejemplo, un fabricante puede restringir la oferta de un producto en diferentes mercados geográficos sólo a los minoristas existentes para que puedan obtener mayores utilidades y tener el incentivo de hacer publicidad del producto y prestar mejor servicio a los clientes. Esto puede tener el efecto de aumentar la demanda del producto del fabricante aún más que el incremento en la cantidad demandada a un precio inferior. Lo contrario de la sana crítica es declarar algunas prácticas comerciales ilegales per se, o sea, siempre ilícitas. En muchas jurisdicciones los acuerdos de fijación de precios y el mantenimiento del precio de reventa son per se ilícitos”³⁷.

Considerando los beneficios que pueden producirse como consecuencia de las restricciones verticales de la competencia, su análisis incluye revisar si generan mayor eficiencia y tienden a corregir fallas del mercado o externalidades generadas por la política empresarial en cada eslabón de la cadena productiva o de comercialización. Por ejemplo, los contratos de exclusividad (tipo marca única o de distribución limitada) pueden reducir los costos de transacción que asumiría un fabricante si tuviera que negociar con numerosos distribuidores; y también puede ofrecerle una cantidad asegurada de compras por parte del distribuidor único, permitiéndole una mejor planificación de la producción. De forma paralela, el distribuidor exclusivo puede centrar sus esfuerzos de venta en una sola marca de productos ofreciendo, por ejemplo, mayores garantías o servicios pre y post-venta al consumidor, estimulándose así la competencia entre marcas. Adicionalmente, el productor puede realizar una mayor inversión, promoción y capacitación en favor del distribuidor o vendedor exclusivo, puesto que no tendría competidores directos que pudieran aprovechar gratuitamente tales inversiones. En estos dos últimos casos se afirma que las restricciones verticales permiten controlar situaciones indeseadas de parasitismo o *free rider*.

Para medir y contrastar los efectos negativos relacionados con la restricción de la competencia frente a los efectos positivos antes señalados, se plantean algunos principios de evaluación, como por ejemplo:

37 KHEMANI, Shyam y SHAPIRO, D. (1996). Op. Cit., p. 55.

- La posición del fabricante y de sus competidores, o del distribuidor y sus competidores, y el grado de competencia inter-marca existente.
- Las justificaciones legítimas para establecer la restricción vertical (reducción de costos de transacción, flujo seguro de ventas para planificar la inversión y producción, control de problemas de *free rider*, promoción del ingreso y del posicionamiento en nuevos mercados).
- La proporción de los canales de distribución o de ventas que quedan disponibles para otros fabricantes actuales o potenciales, luego de creada la restricción vertical.
- La duración de los contratos a través de los cuales se establece la restricción vertical y la posibilidad de desligarse de las obligaciones asumidas en los mismos sin incurrir en costos significativos³⁸.

Para concluir, corresponde agregar que la falta de independencia de los agentes suele eximirlos de incurrir en prácticas colusorias verticales. En efecto, si las empresas que actúan en distinto nivel de la cadena productiva pertenecen al mismo grupo económico no puede sostenerse que una de ellas o ambas restrinjan su libre voluntad empresarial en función del compromiso asumido con la otra, pues la decisión de tales empresas responde siempre a una misma voluntad empresarial. Situación similar ocurre cuando se presentan las denominadas relaciones de agencia, en las cuales una empresa actúa en nombre y por cuenta de otra, siguiendo sus instrucciones estrictamente y sin capacidad de negociación más allá de las condiciones de venta que haya señalado esta última empresa a la primera; es decir, bajo la lógica típica de un agente de ventas. En este tipo de situaciones la falta de capacidad de decisión del agente determina que no exista una práctica colusoria vertical.

Sin perjuicio de ello, dependiendo de las circunstancias, puede ser necesario un análisis más detallado sobre la independencia de las empresas, en particular en los casos que califican como relaciones de agencia. Para ello, se deben considerar las características específicas de cada relación comercial existente entre las empresas, pues si el vendedor asume inversiones necesarias para la actividad que realiza (por ejemplo, adquiere activos necesarios para las ventas o cubre los costos requeridos para su contratación, tales como medios de transporte, locales de almacenamiento, materiales publicitarios, etc.), o asume los riesgos del negocio (por ejemplo, si debe cubrir el costo de los productos ante la imposibilidad de colocarlos entre los clientes), se diluye la falta de independencia antes señalada y cada vez se acerca más a la condición de comercializador o distribuidor inmerso dentro de una restricción vertical de la competencia.

38 COMISIÓN EUROPEA. (2010). *Directrices relativas a las restricciones verticales*. Op. Cit., párrafos 110 y siguientes. HOVENKAMP, Herbert. (2005a). *Federal Antitrust Policy: the Law of Competition and its Practice*. United States of America, Thomson-West, pp. 441-445. MARTÍNEZ, Martha y QUINTANA, Eduardo. (1998). Op. Cit., pp. 71.

1.2. Control de Estructuras

El control de estructuras se manifiesta en normas que establecen un procedimiento a través del cual una autoridad estatal aprueba las operaciones de concentración de empresas, ya sea antes o después que se lleven a cabo los actos requeridos para la ejecución de tales operaciones. El propósito de estas normas es que la autoridad analice los alcances de la operación de concentración y defina, en términos anticipados, cuáles pueden ser sus efectos sobre la competencia en el mercado respectivo y, en función de ello, concluya si corresponde o no aprobar la operación.

Esto significa que la autoridad evalúa cómo funciona actualmente el mercado con la estructura que tiene (con el número de participantes que tiene y las condiciones de competencia que presenta) y lo compara con la nueva configuración del mercado si se aprobara la operación y el impacto que esto tendría en las condiciones de competencia futuras. Si se identifica que los potenciales efectos de la concentración serán perjudiciales para la competencia y los consumidores, se desaprueba la operación. Este sistema no prohíbe ni impide las operaciones de concentración, salvo en los casos más serios en que puede terminar significando una prohibición de la operación de concentración, aunque esto casi siempre es excepcional.

En función del tipo de operación que diseñen las empresas, las concentraciones de empresas se denominan:

- Horizontales, cuando involucran a agentes competidores, que producen y/o venden bienes sustitutos.
- Verticales, cuando involucran a agentes que actúan en distintas etapas del proceso productivo o de comercialización, como por ejemplo un productor y su proveedor de insumos de producción, o un productor y su canal de distribución mayorista o minorista.
- De conglomerado, cuando involucran a agentes económicos que realizan actividades no relacionadas, es decir, agentes que no son competidores ni tienen una relación vertical como la antes mencionada.

El control de estructuras suele operar de modo previo a que se ejecuten los actos requeridos para implementar efectivamente la concentración de las empresas involucradas, con lo cual funciona como una evaluación *ex ante* de las concentraciones según las consecuencias que traerían para el mercado, a diferencia del control de conductas que opera posteriormente. Sin perjuicio de lo dicho, existen sistemas legales donde el control de estructuras puede aplicarse con carácter *ex post*.

Considerando lo dicho, el control de estructuras tiene su ámbito de aplicación en aquellas situaciones en las cuales el poder de mercado tiene su origen en actos de concentración empresarial, por lo que también se le conoce como control de concentraciones.

Como parte del análisis de fondo que se realiza sobre las concentraciones, se comparan los efectos negativos que pudieran tener (efectos restrictivos de la competencia) frente a los efectos positivos (eficiencias y ahorros de costos), con la finalidad de determinar si corresponde autorizar la operación notificada.

Cuadro N°3
Tipos de concentraciones de las empresas y sus efectos

| | Horizontal | Vertical | Conglomerado |
|--------------------------|---|---|---|
| Efectos positivos | <ul style="list-style-type: none">• Economías de escala en la producción, en la compra de insumos o en la distribución para la nueva entidad producto de la concentración. | <ul style="list-style-type: none">• Reducción de costos para la nueva entidad producto de la concentración: Costos de producción y costos de transacción. | <ul style="list-style-type: none">• Utilización de tecnologías similares en el proceso productivo.• Reducción de costos en la distribución de bienes complementarios para la nueva entidad producto de la concentración. |
| Efectos negativos | <ul style="list-style-type: none">• Efecto unilaterales: Creación o incremento de la posición de dominio para la nueva entidad producto de la concentración, lo que puede ocasionar un incremento de precios o capacidad de manejar la producción.• Efectos colusorios: Disminución del número agentes participantes que puede crear incentivos para la colusión tácita. | <ul style="list-style-type: none">• La nueva entidad producto de la concentración puede crear impedimentos al acceso de competidores a mercados verticalmente relacionados, o elevar los costos de acceso de los rivales a través de: (i) el control estratégico de insumos, o (ii) la creación de barreras de entrada. | <ul style="list-style-type: none">• En raros casos, se considera que pueden facilitar la realización de prácticas de subsidios cruzados o predatorias por parte de la nueva entidad producto de la concentración.• Reducción de competencia potencial, cuando la nueva entidad producto de la concentración integra a empresas que antes podían ser consideradas competidoras potenciales. |

CAPÍTULO 2

Evolución Legislativa en el Perú



Las normas de Derecho de la Competencia en el Perú abarcan tanto el control de conductas como el control de estructuras. Este trabajo se refiere únicamente a la aplicación del control de conductas en el Perú, en tanto que el control de estructuras tiene alcances bastante acotados.

Sobre este último punto baste señalar que el control de estructuras en el Perú no se aplica de modo transversal en todas las actividades de la economía, sino solamente en una de ellas. En efecto, el control de estructuras se aplica mediante la Ley N°26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico³⁹, y sus Reglamentos, el Decreto Supremo N°017-98-ITINCI (aplicable a todas las operaciones de concentración de empresas peruanas titulares de concesiones de actividades de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica)⁴⁰, y el Decreto Supremo N°087-2002-EF (aplicable a las operaciones de concentración de las referidas empresas que puedan ocasionarse como consecuencia de obtener la buena pro de procesos de promoción de la inversión privada)⁴¹. La principal diferencia entre estos reglamentos es el procedimiento de aprobación al que está sujeta la operación de concentración, siendo en el segundo caso, bastante más corto⁴². El procedimiento de control de concentraciones en el Perú tiene carácter *ex ante*, es decir, involucra una evaluación y aprobación de las operaciones siempre previamente a su ejecución, bajo cargo de carecer de efectos jurídicos y de la imposición de multas de considerable valor.

En comparación, el control de conductas se aplica en el Perú de modo transversal a todas las actividades productivas o comerciales de la economía, a través del Decreto Legislativo N°1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, vigente desde el 24 de julio del 2008⁴³, y con anterioridad mediante el Decreto Legislativo N°701, Ley de Eliminación de las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia⁴⁴.

39 Ley publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19 de noviembre de 1997 y entró en vigencia al día siguiente.

40 Norma publicada en el Diario Oficial El Peruano el 16 de octubre de 1998 y entró en vigencia al día siguiente.

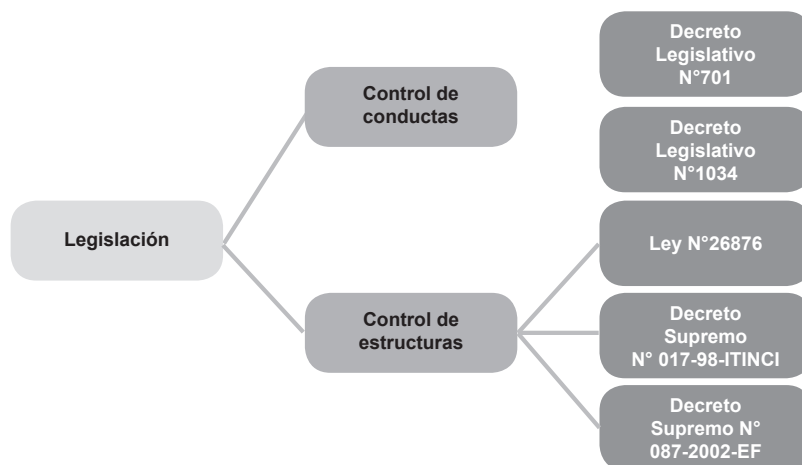
41 Norma publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01 de junio del 2002 y entró en vigencia al día siguiente.

42 Sobre el control de concentraciones en el Perú se puede revisar una versión actual de las posiciones existentes en: DIEZ CANSECO, Luis; FALLA, Alejandro; QUINTANA, Eduardo y TÁVARA, José. (2012). "Mesa Redonda: Control de Fusiones y Concentraciones Empresariales en el Perú". En: *Ius et Veritas*. N°44. Lima, Tarea Gráfica Educativa. Para una revisión exhaustiva de la literatura existente sobre esta materia ver el Anexo I, donde se incluye un amplio listado de trabajos realizados sobre la materia.

43 El Decreto Legislativo N°1034 fue publicado en el Diario Oficial El Peruano el 25 de junio del 2008 y en su Cuarta Disposición Complementaria Final se dispuso que entraría en vigencia a los 30 días de la referida publicación.

44 El Decreto Legislativo N°701 fue publicado en el Diario Oficial El Peruano el 07 de noviembre de 1991.

Gráfico N°10
Evolución legislativa de las normas sobre Derecho de la Competencia



2.1. Decreto Legislativo N°701

La mayor experiencia del Indecopi en esta materia ha sido durante la vigencia del Decreto Legislativo N°701, norma que estuvo en vigor y fue aplicada por aproximadamente 15 años, desde que se iniciaron las labores del Indecopi en 1993 hasta julio del 2008, en que comenzó a regir el Decreto Legislativo N°1034, vigente en la actualidad⁴⁵.

La vigencia del Decreto Legislativo N°701 fue condicionada al establecimiento de la Comisión Nacional de la Libre Competencia que, según la versión inicial de la norma, fue creada como un organismo independiente, con autonomía técnica y administrativa, y cuyo objeto era velar por el cumplimiento de la referida ley, para lo cual se le facultaba a elaborar su propio reglamento y el de su Secretaría Técnica, los cuales serían luego aprobados mediante Decreto Supremo. Sin embargo, esta entidad no se creó y no fue hasta la fundación del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) que empezó a tener vigencia el Decreto Legislativo N°701.

En efecto, a través del Decreto Ley N°25868 se emitió la Ley de Organización y Funciones del Indecopi⁴⁶ y, con esta norma, se dio la primera modificación del Decreto Legislativo N°701. Esta modificación tuvo por objeto derogar distintas disposiciones relacionadas con la

⁴⁵ Si bien el Decreto Legislativo N°701 fue publicado a fines de 1991, recién empezó a ser aplicado de forma efectiva desde el inicio de labores del Indecopi que se produjo en 1993.

⁴⁶ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 24 de noviembre de 1992.

Comisión Nacional de la Libre Competencia⁴⁷, para que su conformación y funcionamiento quedaran enmarcados como parte de la estructura orgánica del Indecopi. Asimismo, se modificaron otros artículos vinculados con el carácter y funciones de la Comisión (art. 8), así como con su instancia de apelación que pasó a ser el Tribunal del Indecopi (art. 18). De esta forma, la aplicación del Decreto Legislativo N°701 quedó dentro de la estructura orgánica del Indecopi⁴⁸.

La siguiente modificación del Decreto Legislativo N°701 se realizó mediante el Decreto Legislativo N°788⁴⁹. Esta fue la primera modificación de carácter sustancial de la ley y es importante explicarla. El Decreto Legislativo N°701, en su versión inicial, no sólo contemplaba un régimen de prohibición de prácticas restrictivas de la competencia entre agentes económicos, bajo las modalidades de acuerdos, prácticas concertadas, decisiones y recomendaciones (art. 6), sino también un régimen de autorización de tales prácticas cuando se cumplieran determinadas condiciones vinculadas con sus efectos y su capacidad para generar beneficios para los consumidores (art. 7). En particular, se permitía autorizar las prácticas que restringieran la competencia pero que, a la vez, contribuyeran a mejorar la producción o comercialización de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, en tanto permitan que los consumidores participen adecuadamente de sus ventajas, eviten imponer restricciones que no sean indispensables para lograr las ventajas, y no permitan eliminar parte sustancial de la competencia⁵⁰. Cabe señalar, además, que las

47 Los artículos derogados fueron el 9, 11, 12 y 13.

48 Cabe mencionar que un poco después del Decreto Ley N°25868, se volvió a modificar el Decreto Legislativo N°701 a través del Decreto Ley N°26004, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 27 de diciembre de 1992. Esta modificación fue menor, incluyéndose un párrafo en el art. 23 que señalaba que *"Por Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros se establecerá las demás sanciones y medidas que podrá dictar la Comisión con la finalidad de garantizar la libre competencia"*. Este decreto supremo nunca se emitió.

49 Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 31 de diciembre de 1994.

50 *"Art. 7.- La Secretaría de la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia podrá autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones, prácticas concertadas o actuaciones paralelas a que hace referencia el art. 6 o categorías de las mismas, en los siguientes casos:*

a) Cuando contribuyan a mejorar la producción o comercialización de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico y siempre que:

1) Permitan a los consumidores o usuarios participar en forma adecuada de sus ventajas;

2) No impongan a las personas naturales o jurídicas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos; y,

3) No permitan a las personas naturales o jurídicas partícipes, eliminar la competencia de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

b) Cuando tengan por objeto proteger o promover la capacidad exportadora nacional, en la medida que sean compatibles con las obligaciones que resulten de los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados y en particular los tratados de integración, según disponen los art. 101 y 106 de la Constitución;

c) Cuando tengan por objeto, en forma coyuntural o temporal, la adecuación de la oferta a la demanda, cuando se manifieste en el mercado una tendencia sostenida de disminución de aquella o cuando los excesos de la capacidad productiva sean claramente anti-económicos;

d) Cuando produzcan una elevación suficientemente importante del nivel de vida de zonas geográficas o sectores económicos deprimidos; por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa la competencia; o tengan por objeto cooperar para la mejora de la producción, la tecnología o similares".

solicitudes de autorización se encontraban sujetas a silencio administrativo positivo (art. 21). A través del Decreto Legislativo N°788 se derogó este régimen de autorización⁵¹.

La segunda y más considerable modificación de carácter sustancial del Decreto Legislativo N°701 se efectuó mediante el Decreto Legislativo N°807⁵². Esta norma introdujo los siguientes cambios de relevancia:

- Se eliminaron dos conductas que estaban tipificadas como actos de abuso de posición de dominio⁵³.
- Se modificaron otras dos conductas tipificadas también como abuso de posición de dominio⁵⁴.
- Se modificaron tres conductas calificadas como prácticas restrictivas de la competencia⁵⁵.
- Se agregaron tres nuevas prácticas restrictivas de la competencia.
- Se modificó el dispositivo relacionado con la posibilidad de iniciar una acción penal en casos de infracción al Decreto Legislativo N°701, señalando que el inicio de la acción

51 Además, también se derogó el art. 10 del Decreto Legislativo N°701 que contemplaba los requisitos de título profesional y no menos de diez años de experiencia para ser miembro de la Comisión, en tanto que los requisitos pasaron a ser los generales para cualquier miembro de una comisión del Indecopi.

52 Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 18 de abril de 1996.

53 En particular, derogó los literales d) y e) del art. 5, que consideraban como abuso de posición de dominio las siguientes conductas:

“(…)

d) La aplicación en la venta local de materia primas, cuyos precios de venta se rigen en base a cotizaciones internacionales, de sistemas de fijación de precio, condiciones de venta, de entrega o de financiamiento que impliquen la obtención de mayores valores de venta en el mercado local que los valores de venta obtenibles en la exportación de esas mismas materias primas.

e) El aprovechamiento de los términos concedidos por los Convenios de estabilidad tributaria suscritos con anterioridad a la vigencia del presente Decreto Legislativo, en forma tal que impidan a otras empresas productoras de bienes similares las posibilidades de competencia equitativa, tanto en el mercado nacional, como en el internacional”.

54 Se modificaron los literales a) y f) del art. 5. Los dos textos que fueron modificados eran los siguientes:

“a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra de productos del mercado local.

(…)

f) Otros casos de efecto equivalente que sean tipificados por Decreto Supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y por los Ministros de Economía y Finanzas, de Justicia y de Industria, Comercio Interior, Turismo e Integración”.

55 Los literales modificados fueron el a), d) y g) del art. 6. Los dos textos que fueron modificados eran los siguientes:

“a) La concertación injustificada de precios u otras condiciones de comercialización.

(…)

d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales.

(…)

g) Otros casos de efecto equivalente, que sean tipificados por Decreto Supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y por los Ministros de Economía y Finanzas, Justicia e Industria, Comercio Interior, Turismo e Integración”.

correspondía únicamente al Fiscal Provincial previa denuncia remitida por la Comisión, cuando la infracción se hubiera realizado con dolo y ocasionando graves consecuencias para el interés económico general.

- Se introdujo la posibilidad de que los infractores pudieran solicitar la exoneración de responsabilidad, si aportaban pruebas que ayuden a identificar y acreditar la existencia de una práctica ilegal, y que resulten determinantes para sancionar a los responsables.
- Se introdujo la posibilidad de imponer multas coercitivas para asegurar el cumplimiento de lo ordenado a través de medidas cautelares en caso el obligado fuera renuente a hacerlo.
- Se incrementó sustancialmente la escala de multas aplicables a los infractores⁵⁶.

Luego de la última modificación descrita, el Decreto Legislativo N°701 ha sido aplicado sin cambio alguno por más de diez años, aunque la interpretación de esta norma fue objeto de variaciones sustanciales a través de la jurisprudencia, tal como se explicará en los capítulos posteriores. A continuación se describen los alcances del Decreto Legislativo N°701 considerando su última versión luego de los cambios introducidos a través del Decreto Legislativo N°807.

2.1.1. Objetivo

El Decreto Legislativo N°701 enunciaba como su objetivo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de consumidores.

2.1.2. Ámbito de Aplicación Subjetivo

Se contempló dentro de su ámbito subjetivo a las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que realicen actividades económicas; así como a las personas que ejerzan la dirección o representación de las personas jurídicas.

2.1.3. Ámbito de Aplicación Objetivo

Se estableció como ámbito objetivo de la ley dos categorías de comportamientos prohibidos:

- Actos de abuso de posición de dominio; y
- Prácticas restrictivas de la competencia.

⁵⁶ La escala de sanciones existentes antes de esta modificación señalaba hasta 50 Unidades Impositivas Tributarias (UIT) como multa máxima por las infracciones más graves.

Cabe señalar que el Decreto Legislativo N°701 contenía además un enunciado general que señalaba que estaban prohibidos y serían sancionados los comportamientos que restrinjan la competencia de modo “... *que generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional*” (art. 3). Este enunciado general dio lugar a una línea de interpretación jurisprudencial bastante amplia sobre los alcances del Decreto Legislativo N°701, tal como se explicará más adelante.

a. Actos de Abuso de Posición de Dominio

En lo que respecta a los actos de abuso de posición de dominio, primero el Decreto Legislativo N°701 calificaba la posición de dominio como la capacidad de una o más empresas de actuar de modo independiente con prescindencia de los demás participantes en el mercado (competidores, compradores, clientes o proveedores), por factores como una participación significativa, características de la oferta y demanda, desarrollo tecnológico, acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución. Con ello admitía la posibilidad de una posición de dominio conjunta entre dos o más empresas.

Adicionalmente, el Decreto Legislativo N°701 señalaba que existía abuso de posición de dominio cuando una empresa dominante actuaba de manera indebida con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros que no hubiesen sido posibles de no ostentar la posición de dominio⁵⁷. De este modo, para encontrar un caso de abuso de posición de dominio debía acreditarse que, como resultado de la práctica, la empresa dominante obtenía un beneficio y además causaba perjuicios a otro agente del mercado.

Los actos de abuso de posición de dominio, tipificados expresamente en la norma (art. 5), eran:

- La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios.
- La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones.

57 “Art. 5.- *Se considera que existe abuso de posición de dominio cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior actúan de manera indebida con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles de no existir la posición de dominio*”.

- La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos.
- Otros casos de efecto equivalente.

b. Prácticas Restrictivas de la Competencia

Respecto de las prácticas restrictivas de la competencia, el Decreto Legislativo N°701 contemplaba que podían darse a través de acuerdos, prácticas concertadas, decisiones y recomendaciones, sin precisar si se trataba de conductas que involucraban a competidores o a empresas que actúan en distintos niveles de la cadena productiva o de comercialización. Los comportamientos tipificados expresamente como prácticas restrictivas de la competencia eran los siguientes (art. 6):

- La fijación concertada entre competidores de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
- El reparto de las cuotas de producción.
- La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor.
- La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye práctica restrictiva de la libre competencia el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general en todos los casos que existan iguales condiciones.
- La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos.
- La negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios.
- La limitación o el control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- El establecimiento, la concertación o la coordinación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas.
- Otros casos de efecto equivalente.

2.1.4. Procedimiento

La definición del procedimiento en el Decreto Legislativo N°701 es relativamente escasa. Partiendo de la lógica de un procedimiento ya iniciado, sea por iniciativa de parte o de oficio, se establecía un plazo de 15 días de descargos; vencido dicho plazo se contemplaba un período de pruebas de 30 días; luego estaba prevista la opinión de la Secretaría Técnica presentada a la Comisión sin señalarse un plazo específico; para concluir con la resolución de primera instancia que debía ser emitida a los cinco días de recibida tal opinión.

El trámite en segunda instancia se iniciaba con la apelación para la cual se otorgaba un plazo de 15 días de notificada la resolución de primera instancia; la resolución de segunda instancia debía ser emitida dentro de los siguientes 30 días desde la apelación.

2.1.5. Régimen de Sanciones

Las únicas sanciones previstas en el Decreto Legislativo N°701 eran las multas. Las infracciones estaban calificadas como leves, graves y muy graves para efectos de la multa a imponer. Las infracciones leves o graves podían acarrear multas de hasta 1.000 UIT, siempre que no superasen el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos en el ejercicio previo a la resolución que imponía la multa. En los casos de infracción muy grave la multa podía ser superior a las 1.000 UIT, siempre que no superasen el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos en el ejercicio previo a la resolución que imponía la multa.

Adicionalmente, también se contemplaba la posibilidad de imponer multas de hasta 100 UIT a cada representante legal o integrantes de los órganos directivos de las empresas infractoras, según se determinase su responsabilidad en las infracciones cometidas.

Por último, se contemplaban distintos criterios de gradación de la gravedad de las infracciones, vinculados con los alcances de la infracción y los efectos producidos.

2.1.6. Otros aspectos relevantes

Entre los otros aspectos relevantes de la norma corresponde señalar que estaba prevista la facultad de dictar medidas cautelares en cualquier etapa del procedimiento, debiendo ser resuelta la solicitud en un plazo no mayor de 10 días. Las medidas podían constituir en una orden de cesación o la imposición de condiciones para evitar el daño.

También se contemplaba la posibilidad de que los infractores presenten un compromiso de cese de actos investigados dentro del plazo de 30 días previsto para los descargos. Este

compromiso debía ser evaluado por la Secretaría y, si era conveniente, planteaba una propuesta a la Comisión para aceptarlo.

Finalmente, se contemplaba una opción para que cualquiera de los infractores presente una solicitud de exoneración de responsabilidad, debiendo aportar pruebas que ayuden a identificar y acreditar la existencia de una práctica ilegal. Si las pruebas eran determinantes para sancionar, la Comisión podía aceptar dicha solicitud.

2.2. Decreto Legislativo N°1034

El Decreto Legislativo N°1034 constituyó la evolución natural del marco normativo luego de más de una década de aplicación de la norma de control de conductas, precisando aspectos antes no definidos expresamente y completando las reglas cuya ausencia se identificó⁵⁸.

2.2.1. Objetivo

El Decreto Legislativo N°1034 es más preciso al señalar que su objetivo es promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

2.2.2. Ámbito de Aplicación Subjetivo

Esta norma define de modo más detallado los sujetos pasibles de ser investigados y sancionados, señalando que se aplica a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades de derecho público o privado, estatales o no, con o sin fines de lucro, que en el mercado oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados, agremiados o integrantes realicen dicha actividad.

Asimismo, también son sujetos de la norma las personas que ejerzan la dirección, gestión o representación de los sujetos de derecho antes mencionados, en la medida que hayan tenido participación en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción.

58 Sobre comentarios relativos a los alcances, interpretación y conveniencia de dictar el Decreto Legislativo N°1034 puede verse: PATRÓN, Carlos. (2008). "Aciertos, divergencias y desatinos de la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas". En: *Ius et Veritas*. N°36. Lima, Tarea Gráfica Educativa, pp. 122-144. QUINTANA, Eduardo. (2011a). "El objetivo de la ley de competencia peruana y la interpretación de las conductas prohibidas". En: *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*. N°13. Lima, Indecopi, pp. 19-59. RUIZ, Gonzalo. (2011). "La nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas: acotando la discrecionalidad de la autoridad de competencia". En: *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*. N°13. Lima, Indecopi, pp. 163-182.

Por último, la norma establece que las personas naturales que actúan en nombre y por encargo de tales sujetos de derechos, les generan responsabilidad con sus actos, aún cuando no cuenten con condiciones de representación civil.

2.2.3 Ámbito de Aplicación Objetivo

En el caso del Decreto Legislativo N°1034, se contemplan tres categorías de comportamientos prohibidos: (a) actos de abuso de posición de dominio; (b) prácticas colusorias horizontales (acuerdos, concertaciones y recomendaciones entre competidores); y (c) prácticas colusorias verticales entre distintos agentes de la cadena productiva o de comercialización.

a. Actos de Abuso de Posición de Dominio

En materia de abuso de posición de dominio, el Decreto Legislativo N°1034 establece cómo delimitar al mercado relevante, lo cual no estaba previsto en el Decreto Legislativo N°701. Al respecto, el Decreto Legislativo N°1034 señala que el mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico. Asimismo, define el mercado de producto como el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos, señalando los factores a evaluar sobre el nivel de sustitución. Asimismo, la norma define el mercado geográfico como el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante, y señala los aspectos a considerar para determinar cuáles son las alternativas de aprovisionamiento.

En cuanto a la posición de dominio, el Decreto Legislativo N°1034 señala que ésta sólo puede ser individual (dejando de lado la posibilidad de posición de dominio conjunta o colectiva que permitía el Decreto Legislativo N°701), y la califica como la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de oferta o demanda, sin que los otros participantes del mercado (competidores, proveedores o clientes) puedan contrarrestar dicha posibilidad, debido a los mismos factores ya previstos en el Decreto Legislativo N°701, pero agregando también la existencia de barreras de entrada legales, económicas o estratégicas, y el poder de negociación de proveedores, clientes o competidores.

El Decreto Legislativo N°1034 contiene una definición de abuso de posición de dominio más desarrollada que la del Decreto Legislativo N°701, pues señala que éste se produce cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición. Adicionalmente, la norma precisa que si el ejercicio de

la posición de dominio no afecta a competidores reales o potenciales no es abuso de posición de dominio⁵⁹.

En cuanto a las conductas prohibidas, la norma tipifica de modo expreso una lista más amplia de actos de posición de dominio (numeral 10.2 del art. 10):

- Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación de bienes o servicios.
- La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones.
- La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o con arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos.
- Obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación.
- Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados.
- Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia.
- Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos.

Finalmente, el Decreto Legislativo N°1034 también contiene una prohibición general de actos de abuso de posición de dominio, señalando que son aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

59 *“Art. 10.- El abuso de la posición de dominio*

10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

(...)

10.5. No constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales”.

Es importante señalar que al inicio del listado de actos de abuso de posición de dominio tipificados expresamente, la norma señala que se trata de actos de carácter exclusorio (numeral 10.2). En adición a lo anterior, también se dispone que no constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales. En función de ello, los actos de abuso explotativo que se han explicado en el capítulo previo no están calificados como abuso de posición de dominio bajo el Decreto Legislativo N°1034, en tanto que no generan una afectación de competidores reales ni potenciales.

En un capítulo posterior se explicará la interpretación actual del Indecopi sobre los abusos explotativos. Baste agregar en este punto que en la exposición de motivos elaborada por el Indecopi para sustentar el proyecto de ley que dio origen al Decreto Legislativo N°1034, se señala que la norma tuvo como objetivo descartar la posibilidad de que se aplique a actos de abuso explotativos⁶⁰.

b. Prácticas Colusorias Horizontales

El Decreto Legislativo N°1034 define las prácticas colusorias horizontales como los acuerdos, prácticas concertadas, decisiones y recomendaciones realizadas entre agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.

Los comportamientos tipificados expresamente como prácticas colusorias horizontales son los siguientes (numeral 11.1 del art. 11):

- La fijación concertada de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones.
- El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas.

60 Exposición de Motivos del Proyecto de Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. En efecto, el Indecopi manifestó que se buscaba "...clarificar la norma en el sentido que quede establecido que los supuestos de prácticas explotativas no son consideradas infracciones a las normas de competencia, desechando la posibilidad de interpretaciones en distinto sentido". Asimismo, el Indecopi precisó lo que sigue: "Se ha precisado la naturaleza de las conductas de abuso de posición de dominio, puntualizándose que son aquellas que afectan el proceso competitivo restringiendo la competencia, de ahí que los agentes perjudicados son competidores reales o potenciales, directos o indirectos. Por ende, toda conducta de abuso de posición de dominio, de acuerdo a lo establecido en el Proyecto, tendrá un efecto exclusorio. La identificación de las conductas de abuso de posición de dominio con un efecto de exclusión de competidores guarda directa relación con la finalidad del Proyecto contenida en su artículo 1, esto es, la prohibición de conductas que dañen el proceso competitivo y, por ende, la eficiencia económica".

- La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor.
- La aplicación concertada en las relaciones comerciales o de servicio de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- Concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o con arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos.
- La negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o de aceptar las ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios.
- Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación.
- Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva.
- Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.

Finalmente, el Decreto Legislativo N°1034 también contiene una prohibición general de prácticas colusorias horizontales, señalando que son aquellas prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica (literal k).

c. Prácticas Colusorias Verticales

El Decreto Legislativo N°1034 define las prácticas colusorias verticales como los acuerdos, prácticas concertadas, decisiones y recomendaciones realizadas por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia. Respecto de los comportamientos que califican como prácticas colusorias verticales, la norma señala que pueden darse a través de cualquiera de los supuestos ya tipificados como casos de abuso de posición de dominio o de prácticas colusorias horizontales. Finalmente, se establece que sólo se configura una práctica colusoria vertical si al menos una de las partes involucradas tiene posición de dominio en el mercado relevante de manera previa al ejercicio de la conducta prohibida (art. 12).

2.2.4. Criterios de Análisis de Conductas Prohibidas

El Decreto Legislativo N°1034 contempla dos criterios de análisis de las conductas prohibidas, a diferencia del Decreto Legislativo N°701 que no contemplaba ninguno de forma expresa. Estos criterios son la prohibición relativa y la prohibición absoluta.

a. Prohibición relativa

Para determinar que se ha producido una conducta ilícita sujeta a este criterio, la autoridad debe demostrar (i) la existencia de conducta, y (ii) que tiene o puede tener efectos negativos para la competencia y el bienestar del consumidor. De acuerdo con la exposición de motivos elaborada por el Indecopi para sustentar el proyecto de ley que dio origen al Decreto Legislativo N°1034, la aplicación de la prohibición relativa significa lo siguiente:

“A aquellas conductas que pueden tener tanto efectos positivos como negativos la legislación comparada, en amplio consenso, les otorga una presunción de licitud y, por ende, un tratamiento de prohibición relativa o, lo que es lo mismo, de análisis bajo la regla de la razón. En similar sentido, el Proyecto establece una prohibición relativa para determinadas conductas. Como se ha mencionado anteriormente, este tipo de análisis requiere que la autoridad evalúe cuál es el efecto neto de la conducta y, sólo en el caso en que dicho efecto sea negativo –porque los efectos positivos son menores que los efectos negativos–, la conducta será considerada una infracción”.

Esta es la regla general de análisis bajo el Decreto Legislativo N°1034, pues se aplica a todos los actos de abuso de posición de dominio y las prácticas colusorias verticales, así como a la mayor parte de las prácticas colusorias horizontales.

b. Prohibición absoluta

Para determinar que se ha producido una conducta ilícita sujeta a este criterio, la autoridad debe demostrar solamente la existencia de la conducta, sin necesidad de evaluar sus efectos sobre el mercado. Vale la pena mencionar que los efectos de la conducta ilícita sólo se evalúan una vez que se determinó que tal conducta existió y con la finalidad de graduar la gravedad de la misma y la sanción aplicable.

Esta es una regla excepcional de análisis bajo el Decreto Legislativo N°1034, aplicable sólo para cuatro tipos de acuerdos entre competidores (numeral 11.2 del art. 11):

- Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio.
- Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas.

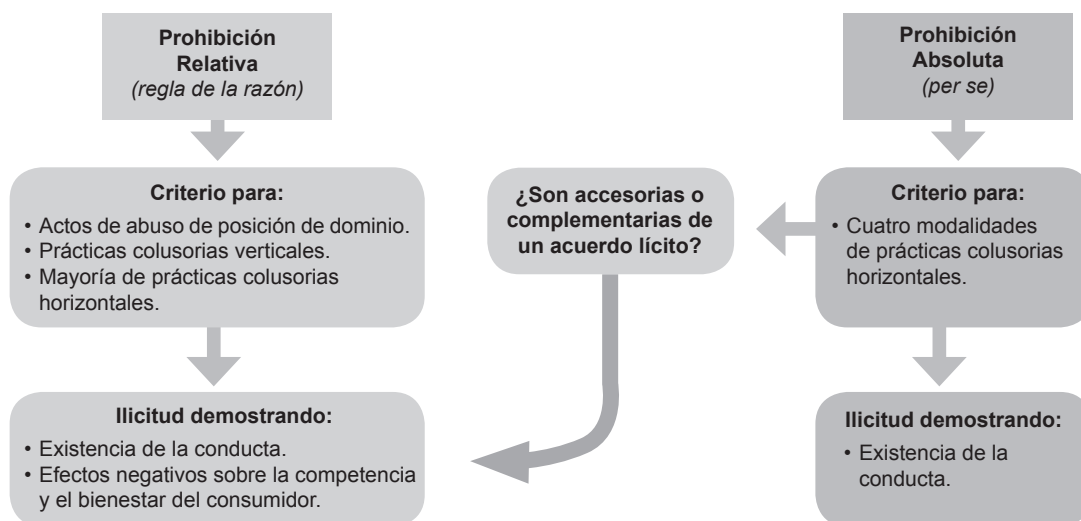
- El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas.
- Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.

Adicionalmente, corresponde señalar que al establecer las prácticas colusorias horizontales sujetas a prohibición absoluta, el Decreto Legislativo N°1034 señala que se trata de aquellos “*acuerdos horizontales intermarca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos*” y que tengan por objeto alguno de los cuatro tipos de acuerdos ya listados previamente.

Lo anterior indica que los cuatro tipos de acuerdos horizontales intermarca listados pueden tener el carácter de complementarios o accesorios de otros acuerdos lícitos, caso en el cual dejarían de encontrarse bajo la prohibición absoluta. De este modo, los acuerdos que usualmente son prohibiciones absolutas pueden dejar de tener esa calificación y pasar a evaluarse según el criterio de prohibición relativa.

Para ello será relevante definir cuándo puede considerarse que un acuerdo es accesorio de otro principal lícito. El Decreto Legislativo N°1034 no lo establece, de modo que esto tendría que irse delineando a través de la jurisprudencia, pudiendo tenerse como referente un pronunciamiento emitido por el Indecopi en aplicación del Decreto Legislativo N°701, que se explicará en un capítulo posterior.

Gráfico N°11
Prohibición relativa y prohibición absoluta



2.2.5. Procedimiento

El procedimiento en el Decreto Legislativo N°1034 está bastante más desarrollado que en el Decreto Legislativo N°701 en distintos aspectos de relevancia.

En primer lugar, se contempla que una vez presentada una denuncia, existe un plazo de 45 días para actuaciones previas a la admisión a trámite, en los cuales se evalúan los méritos de la denuncia. Si la Secretaría Técnica considera que existe mérito, emite una resolución de inicio del procedimiento, la presenta a la Comisión y la notifica al investigado en el plazo de cinco días posteriores. Luego de ello, existe un plazo de 30 días para los descargos y el eventual apersonamiento de terceros interesados. Vencido dicho plazo, se inicia la etapa de pruebas que tiene una duración de siete meses.

Culminada esta etapa, la Secretaría cuenta con 30 días para emitir su informe técnico analizando la conducta infractora y recomendando a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia declarar fundada o no la denuncia y, de ser el caso, las medidas que corresponda. Posteriormente, las partes pueden presentar sus alegaciones sobre el informe de la Secretaría en el plazo de 15 días y también hacer uso de la palabra ante la Comisión. Excepcionalmente, la Comisión puede realizar actuaciones probatorias durante los 30 días siguientes, luego de lo cual se ofrece la posibilidad de que las partes planteen sus alegatos dentro de los 15 días siguientes. Por último, la Comisión cuenta con 30 días para emitir la resolución final en primera instancia.

La resolución de primera instancia debe ser notificada a las partes dentro de los 10 días de emitida y éstas cuentan con 15 días para presentar apelación. La tramitación en segunda instancia no debe exceder del plazo de 120 días.

2.2.6. Régimen de Sanciones

El régimen de sanciones del Decreto Legislativo N°1034 tiene un orden más preciso que el contenido en el Decreto Legislativo N°701 y modifica los topes que pueden tener las multas, basándose en la gravedad de la infracción.

El régimen de sanciones tiene la siguiente estructura:

- Infracción leve hasta 500 UIT, siempre que no supere el 8% de ventas o ingresos brutos de ejercicio previo para infractor o su grupo económico.
- Infracción grave hasta 1.000 UIT, siempre que no supere el 10% de ventas o ingresos brutos de ejercicio previo.

- Infracción muy grave tiene una multa superior a 1.000 UIT, siempre que no supere el 12% de ventas o ingresos brutos de ejercicio previo.

En el caso de colegios profesionales o gremios de empresas, o agentes económicos que hubieran iniciado sus actividades después del 01 de enero del ejercicio anterior, la multa no podrá superar, en ningún caso, las 1.000 UIT.

La norma también contempla la posibilidad de imponer multas de hasta 100 UIT a cada representante legal o integrantes de los órganos directivos o de administración de las empresas infractoras, según se determinase su responsabilidad en las infracciones cometidas.

En el Decreto Legislativo N°1034 también se establecen los criterios de gradación de la gravedad de las infracciones, en buena parte vinculados con los alcances de la infracción y los efectos producidos (como sucedía con el Decreto Legislativo N°701), pero agregando otros como el beneficio ilícito esperado por el infractor, la probabilidad de detección de la infracción y la conducta procesal de los infractores.

Finalmente, se contempla como novedad la facultad de imponer multas coercitivas en caso de incumplimiento de medidas cautelares y/o correctivas que se hayan dictado.

2.2.7. Medidas Correctivas

Otro aspecto nuevo en el Decreto Legislativo N°1034 es que establece de modo expreso las medidas que se puede disponer para restablecer el proceso competitivo, incluyendo:

- El cese o la realización de actividades.
- La obligación de contratar, inclusive bajo determinadas condiciones.
- La inoponibilidad de cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos.
- El acceso a una asociación u organización de intermediación.

2.2.8. Otros aspectos relevantes

El Decreto Legislativo N°1034 contempla también la facultad de dictar medidas cautelares en cualquier etapa del procedimiento, debiendo ser resuelta la solicitud en un plazo de 30 días prorrogables por un plazo igual. Se señala que las medidas pueden ser innovativas o no innovativas, genéricas o específicas, y pueden consistir en especial en la orden de cesación, la obligación de contratar, la imposición de condiciones, la suspensión de efectos de actos jurídicos y la adopción de comportamientos positivos.

En cuanto al compromiso de cese de actos investigados, se contempla que pueden presentarse dentro de los 45 días de notificada la imputación de cargos y que la Secretaría lo evalúa siempre que cumpla con lo siguiente: (i) la totalidad o parte de los agentes investigados debe reconocer todos o algunos cargos imputados; (ii) debe ser verosímil que la conducta no haya causado grave afectación al bienestar de los consumidores; (iii) los investigados deben ofrecer medidas correctivas que permitan verificar el cese y garanticen que no habrá reincidencia. La Secretaría propone la suspensión a la Comisión.

Por último, también se contemplaba la posibilidad de presentar una solicitud de exoneración de responsabilidad, que debe aportar pruebas que ayuden a identificar y acreditar la existencia de una práctica ilegal. Si las pruebas son determinantes para sancionar, la Comisión puede aceptar. Un aspecto nuevo e importante es que sólo el primero que logre acogerse a este régimen se beneficiará de la exoneración de responsabilidad, mientras que los siguientes sólo podrán acceder a una reducción de la multa.

Como se observa, el desarrollo de los aspectos sustanciales y procesales del Derecho de la Competencia es más completo en el Decreto Legislativo N°1034 que lo que era en el Decreto Legislativo N°701. Asimismo, la norma vigente precisa diversos aspectos no definidos de modo expreso en la norma previa.

El siguiente cuadro resumen compara los aspectos mencionados:

Cuadro N°4
Cuadro comparativo entre Decreto Legislativo N°701 y Decreto Legislativo N°1034

| | Decreto Legislativo N°701 | Decreto Legislativo N°1034 |
|-------------------------|--|---|
| Objetivo | La libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de consumidores | Promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores. |
| Ámbito subjetivo | Agentes públicos o privados que realicen actividad económica. Personas que ejerzan la dirección o representación de las personas jurídicas. | Empresas, patrimonios autónomos u otras entidades públicas o privadas, con o sin fines de lucro, que oferten o demanden bienes o servicios en el mercado, o cuyos asociados o integrantes lo hagan. Personas que ejerzan la dirección, gestión o representación de los anteriores. |
| Ámbito objetivo | Abuso de posición de dominio. Prácticas restrictivas de la competencia | Abuso de posición de dominio. Prácticas colusorias horizontales. Prácticas colusorias verticales. Están fuera del ámbito las conductas consecuencia de lo dispuesto en una norma legal. |

| | Decreto Legislativo N°701 | Decreto Legislativo N°1034 |
|---------------------------------------|---|--|
| Posición de dominio | Una o varias empresas, que actúan independientemente con prescindencia de competidores, compradores, clientes o proveedores. | Una empresa con posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de oferta o demanda, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan contrarrestar dicha posibilidad. |
| Criterios de análisis | No previstos. | Prohibición relativa como regla general. Prohibición absoluta como regla excepcional en supuestos taxativos Acuerdos accesorios a acuerdos principales lícitos como excepción a la regla excepcional. |
| Procedimiento | Sólo referencia a plazos de principales actos en primera y segunda instancia. | Desarrollo del procedimiento con la mayor parte de actos procesales definidos y con plazos expresos, principalmente en primera instancia. |
| Sanciones | Infracción leve o grave hasta 1.000 UIT, con tope de 10% de ingresos de infractor. Infracción muy grave más de 1.000 UIT, con tope de 10% de ingresos. | Infracción leve hasta 500 UIT, con tope de 8% de ingresos de infractor o su grupo económico. Infracción grave hasta 1.000 UIT, con tope de 10% de ingresos. Infracción muy grave más de 1.000 UIT, con tope de 12% de ingresos. Multas coercitivas. |
| Medidas correctivas | No se prevé. | Se prevén diversas modalidades. |
| Medidas cautelares | En cualquier etapa y con plazo para decidir de 10 días. | En cualquier etapa y con plazo para decidir de 30 días, prorrogable por otros 30. |
| Compromiso de cese | Dentro del plazo de 30 días para descargos. Evaluación previa de la Secretaría, sin precisión de aspectos a considerar. | Dentro de 45 días de notificación de imputación de cargos. Evaluación de la Secretaría con varias condiciones a cumplir. |
| Exoneración de responsabilidad | Pueden aceptarse si las pruebas aportadas son determinantes para sancionar. | Pueden aceptarse si las pruebas aportadas son determinantes para sancionar. Solo el primero en acogerse se beneficia de exoneración, los siguientes pueden lograr una reducción de la multa. |
| Prescripción de infracciones | Cinco años de cometida la infracción | Cinco años de realizado el último acto de ejecución de la conducta infractora. |

2.3. Instancias de Decisión del Indecopi

Las instancias del Indecopi encargadas de la aplicación de las normas de defensa y protección de la competencia son las siguientes:

2.3.1. Primera Instancia

La Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante la Comisión) como primera instancia de decisión tanto para la aplicación del control de conductas como del control de estructuras, así como para el dictado de medidas cautelares dentro o fuera del procedimiento administrativo.

2.3.2. Segunda Instancia

La Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi (en adelante el Tribunal) es la segunda instancia administrativa de revisión de las decisiones de la Comisión, ya sea en materias de fondo, procedimentales o cautelares. Adicionalmente, también es instancia de revisión de las resoluciones de inicio del procedimiento administrativo sancionador que emite la Secretaría Técnica, según se explica a continuación.

2.3.3. Órgano Instructor

La Secretaría Técnica de la Comisión (en adelante la Secretaría Técnica), que tiene funciones de órgano instructor y está encargada de la investigación de conductas anticompetitivas propiamente dichas, así como de la evaluación de las concentraciones empresariales en el sector eléctrico que son notificadas para autorización previa; en ambos casos, ya sea a solicitud de parte o de oficio. De conformidad con la ley vigente, la Secretaría es la encargada de dar inicio al procedimiento administrativo sancionador para el control de conductas, a través de una resolución de imputación de cargos contra los agentes económicos investigados.

Gráfico N°12
Instancias de decisión del Indecopi



Como toda decisión administrativa, las resoluciones finales de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi pueden ser objeto de impugnación ante el Poder Judicial a través de la vía contencioso administrativa.

CAPÍTULO 3

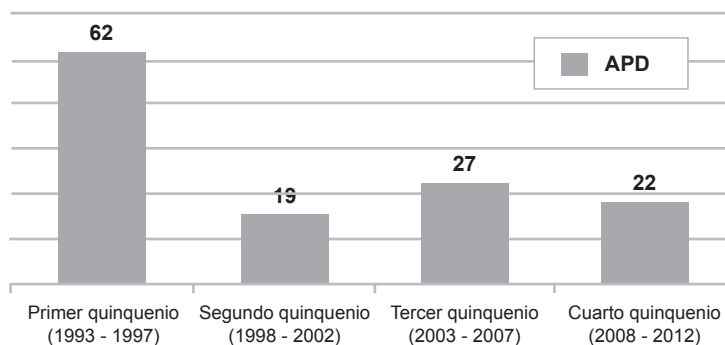
Jurisprudencia y Contribuciones del Indecopi

3.1. Abuso de Posición de Dominio

La investigación de actos de abuso de posición de dominio ha ocupado parte considerable de la labor del Indecopi. Por regla general, se trata de acciones iniciadas por iniciativa de parte, ya sean competidores, clientes o asociaciones representativas de consumidores. Las denuncias por abuso de posición de dominio se han presentado contra empresas privadas y públicas, así como contra organizaciones intermediadoras.

En el siguiente gráfico (ver Gráfico N°13) se muestra la evolución del número de procedimientos iniciados por abuso de posición de dominio.

Gráfico N°13
Número de procedimientos iniciados por abuso de posición de dominio



Fuente: Secretaría Técnica

A continuación se incluye una selección de casos que permiten revisar la experiencia del Indecopi e identificar los criterios interpretativos y la evolución en el tratamiento de las distintas modalidades de abuso de posición de dominio. El nivel de desarrollo y explicación de los casos seleccionados varía según su relevancia y/o mayor actualidad.

3.1.1 Negativas Injustificadas de Trato⁶¹

Desde el inicio de sus labores el Indecopi ha conocido y resuelto un número considerable de casos de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato. Lo típico es que estos procedimientos sean tramitados a iniciativa de parte y, sin duda, se trata de la modalidad de abuso de posición de dominio que más casos ha suscitado ante Indecopi, en comparación con los procedimientos iniciados para investigar las otras modalidades de abuso.

La jurisprudencia existente en materia de prohibición de negativas injustificadas de trato muestra que, si bien las empresas con posición de dominio mantienen el derecho a decidir libremente con quién contratan, cuando deciden no contratar (es decir, cuando se niegan a tratar con determinado agente económico) deben contar con una justificación objetiva y razonable que explique de manera suficiente las razones que han motivado su decisión. Ello se debe a que una negativa de trato de parte de un agente económico dominante puede impedir que los competidores ingresen al mercado, u obstaculizar su permanencia en el mismo.

Así, por ejemplo, la negativa de venta de un insumo imprescindible producido u ofrecido por la empresa dominante puede ocasionar que uno o más competidores deban retirarse de un mercado relacionado. De modo similar, la negativa de acceso a una organización intermediadora –controlada por una entidad dominante– que constituye el canal necesario para llegar a los compradores o consumidores, puede determinar que un competidor no llegue a ingresar al mercado. Los casos que se describen más adelante muestran situaciones como éstas y explican el método que ha seguido el Indecopi para analizarlas.

La jurisprudencia descrita muestra que los elementos típicos que identifican el abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato son:

61 Sobre el abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato puede verse: BULLARD, Alfredo. (2003b). "El Regreso del Jedi (o de la Discrecionalidad en la Aplicación de las Normas de Libre Competencia)". En: *Thémis*. N°47. Lima, pp. 129-158. DIEZ CANSECO, Luis. (2012). "Teoría del Cuello de Botella: Las Facilidades Esenciales". En: *Thémis*. N°61. Lima, pp. 65-93. FALLA, Alejandro. (2004). "Facilidades Esenciales y Negativa Injustificada a Negociar". En: AA.UU. (s/f). *La Evolución de la Libre Competencia en el Perú*. Lima, Themis, pp. 69-76. HARO, José Juan. (2005). "Contra los excesos de la regulación económica. Sobre monopolios naturales, instalaciones esenciales y otros fantasmas". En: *Thémis*. N°50. Lima, pp. 151-167. HIGA, César y CIGÜENAS, Francisco. (2011). "Las Negativa Injustificada a Contratar: Aplicación y Límites de la Legislación de Defensa de la Libre Competencia". En: *Revista de Derecho Administrativo*. N°10. Lima, Tarea Asociación Gráfica Educativa, pp. 95-99. KRESALJA, Baldo y QUINTANA, Eduardo. (2005). "La doctrina de las facilidades esenciales y su recepción en el Perú". En: *Ius Et Veritas*. N°31. Lima, Tarea Gráfica Educativa, pp. 59-89. QUINTANA, Eduardo y VILLARÁN, Lucía. (2008). Op. Cit., pp. 317-326.

- La posición de dominio en el mercado relevante.
- La existencia de la negativa de trato, demostrada a través de la manifestación expresa de voluntad o de respuestas dilatorias o similares.
- El carácter injustificado de la negativa, considerando razones razonables y objetivas, que puedan ser debidamente comprobables.
- El efecto exclusorio de la competencia.

En cuanto a la justificación de la negativa, la jurisprudencia muestra que ésta puede responder a causas de carácter técnico (por ejemplo, razones de seguridad o imposibilidad de producción adicional), legal (debido a normas que exigen negarse a atender algunos pedidos en determinadas circunstancias), contractual (por ejemplo, cuando compromisos previos asumidos con terceros cubren toda la oferta disponible), entre otros.

Como se verá, los casos de negativa injustificada de trato han dado lugar a que se discuta sobre la necesidad o no de una relación de competencia, directa o indirecta (a través de empresas vinculadas) entre la empresa dominante y los competidores perjudicados por la negativa. De igual modo, también han dado lugar a que se evalúe cuándo puede considerarse que el bien que ofrece la empresa dominante puede calificarse como una facilidad esencial para los competidores.

Cuadro N°5
Abuso de Posición de Dominio
Casos de Negativa Injustificada de Trato

| | |
|---|--|
| CASOS DE NEGATIVA INJUSTIFICADA DE TRATO | Bergerman y Barbosa contra la Asociación de Productores Agrícolas del Mercado de Santa Anita (1999) |
| | Cab Cable S.A. contra Electrocentro S.A. (2002) |
| | Aero Continente S.A. contra Banco de Crédito del Perú (2002) |
| | Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. (FERSIMSAC) contra Ferrocarril Transandino S.A. (FETRANS) (2007) |
| | Compañía Cervecería Ambev Perú S.A.C. (Ambev) contra Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. (Backus), el Comité de Fabricantes de Cervezas de la Sociedad Nacional de Industrias (CFC), y otros (2009) |

a. Bergerman y Barbosa contra la Asociación de Productores Agrícolas del Mercado de Santa Anita (1999)

El primer caso que interesa explicar es el correspondiente a la denuncia planteada por los señores Roberto Bergerman Acosta y Walter Barbosa Mendoza contra la Asociación de Productores Agrícolas del Mercado de Santa Anita, por negativa injustificada de acceso del Arroz Súper Extra marca Molino del Rey –que comercializaban los denunciantes- al mercado de Santa Anita administrado por la referida Asociación⁶².

En días previos a la denuncia, dos camiones que transportaban el arroz Molino del Rey fueron impedidos de ingresar al mercado de Santa Anita, a pesar que contaban con la documentación en regla para su entrada y de haber efectuado el pago del derecho de ingreso. Según demostraron los hechos y la evidencia del caso, el impedimento de ingreso se debió a la orden impartida por la administración del mercado. Luego del análisis preliminar correspondiente y a pedido de los denunciantes, la Comisión de Libre Competencia ordenó como medida cautelar que la Asociación y sus órganos directivos permitieran el ingreso de los vehículos que transportaban arroz marca Molino del Rey al mercado de Santa Anita, así como la libre comercialización de dicho producto en el referido mercado.

En la evaluación del caso, la Comisión consideró que la Asociación contaba con posición de dominio en el mercado relevante definido como los centros de abasto en los que se comercializaba arroz a nivel mayorista en la ciudad de Lima. Asimismo, encontró que se había impedido el ingreso de los camiones con arroz Molino del Rey sin justificación alguna pues, en vez de explicar las razones del impedimento de ingreso de los camiones, la Asociación simplemente negó haber dado la orden de impedimento de ingreso y en el procedimiento se demostró fehacientemente que sí había impartido dicha orden, no existiendo evidencia alguna de una razón objetiva que lo justificara. Finalmente, la Comisión concluyó que ese comportamiento había restringido la competencia en la venta de arroz de distintas marcas dentro del mercado de Santa Anita. Consecuentemente, sancionó a la Asociación con 10 UIT y le ordenó no impedir el acceso del arroz marca Molino del Rey al mercado.

En este caso la Asociación, en su condición de administradora del mercado de Santa Anita, fue considerada como entidad con posición de dominio que incurrió en una negativa injustificada de trato al ordenar que no se permita la entrada de los camiones con el producto de los denunciantes. En este caso, la Asociación, como tal, no competía con ninguno de los denunciantes afectados pero de todos modos se consideró que había restringido la

⁶² Resolución N°002-99-INDECOPI/CLC, del 19 de marzo de 1999. Confirmada en todos sus extremos por la Resolución N°0216-1999-TDC-INDECOPI, del 16 de junio de 1999.

competencia en la venta de arroz de distintas marcas al interior del mercado de Santa Anita. Además, tampoco se demostró que la Asociación hubiera impedido el ingreso de los camiones por acuerdo con alguno de los comercializadores de arroz que pudieron verse beneficiados con la indisponibilidad de arroz de los denunciantes para la venta⁶³.

b. Cab Cable S.A. contra Electrocentro S.A. (2002)

En este caso, la conducta denunciada por Cab Cable fue una negativa injustificada de alquiler de postes de electricidad para la instalación de cables para transmitir señales de televisión. En enero de 1998, Cab Cable, empresa concesionaria del servicio de televisión por cable en la ciudad de Huancayo, adquirió parte de la infraestructura que venía utilizando la empresa Cable Visión Huancayo S.A. para prestar dicho servicio en la referida ciudad. Esta última empresa tenía celebrado un contrato de alquiler de postes para el tendido de red de cable con la empresa concesionaria de distribución de electricidad Electrocentro.

Cuando Cab Cable informó a Electrocentro que había adquirido los activos de Cable Visión Huancayo S.A. y le solicitó la firma de un nuevo contrato de alquiler de postes que incluyera una ampliación a otros postes, Electrocentro le comunicó la imposibilidad de celebrar el contrato debido a *“las actuales circunstancias y exigencias de las Normas de Calidad del Servicio Eléctrico, en razón que nuestros equipos de distribución no están adecuados para brindar ese tipo de servicios colaterales”*. En vista de ello, Cab Cable ofreció a Electrocentro contratar un seguro que cubriera los posibles accidentes por el uso de sus postes, y darle una carta fianza para cubrir las eventuales compensaciones monetarias que Electrocentro tuviera que pagar a los usuarios afectados por problemas de corte de suministro eléctrico. Sin embargo, Electrocentro no aceptó este ofrecimiento para suscribir un nuevo contrato.

63 Sólo cabe indicar que en la resolución la Comisión señaló que la negativa se había producido en *“circunstancias sospechosas”*. Ello porque el impedimento de ingreso de los camiones al mercado coincidió en el tiempo con una denuncia por violación de derechos de propiedad intelectual planteada por uno de los denunciantes en contra de un vendedor de arroz del mercado de Santa Anita que, a su vez, era miembro de la Asociación. En esta denuncia, el señor Bergerman denunció al propietario de la empresa CODIREY E.I.R.L. por uso indebido del signo distintivo de su propiedad –uso de diseño y colores distintivos de la marca Molino del Rey– en el empaque de arroz de la empresa CODIREY. Esta denuncia motivó que se ordene como medida cautelar el cese del uso indebido del signo distintivo y la inmovilización del producto Arroz Grano Esmeralda a la empresa CODIREY E.I.R.L. En la denuncia se sostuvo que la negativa de ingreso de los camiones con arroz Molino del Rey al mercado de Santa Anita habría estado motivada por una carta remitida por un afiliado de la Asociación al Presidente de esta última, el Sr. Rómulo Rodríguez, solicitándole que negara el ingreso del arroz Molino del Rey al citado mercado, debido a la denuncia presentada por violación de signos distintivos. Sin embargo, no se presentó evidencia que comprobara tales afirmaciones sino solamente la existencia del procedimiento sancionador por violación de derechos de propiedad intelectual.

Los hechos anteriores dieron lugar a que Cab Cable denuncie a Electrocentro por negativa injustificada de trato. Para ello, señaló que la imposibilidad de acceder a los postes de Electrocentro le impedía operar en el mercado, lo cual no sólo le ocasionaba perjuicios a Cab Cable sino también a los usuarios del servicio de televisión por cable en la ciudad de Huancayo que se veían impedidos de contar con una opción de servicios alternativa a los que ofrecía la empresa Cable Mágico. Adicionalmente, Cab Cable planteó como evidencia de la falta de sustento para la negativa que en agosto de 1998 Electrocentro celebró un contrato de alquiler de postes con la concesionaria del servicio de televisión por cable Telecable Pichanaki S.R.L. para el área del valle de Pichanaki. Entre las cláusulas de este contrato se establecía que la concesionaria de televisión por cable asumiría totalmente la responsabilidad en caso de accidentes de usuarios del servicio de suministro de electricidad y del personal de Electrocentro en la realización de maniobras de instalación, mantenimiento y servicio.

Electrocentro planteó en su defensa que la decisión de suspender el alquiler de postes obedecía a que, durante el período de arrendamiento, sus labores de mantenimiento y reparación se vieron dificultadas por las instalaciones de cable, de modo que los cortes en la distribución de energía eléctrica tuvieron una duración mayor, lo cual dificultó el cumplimiento de las Normas de Calidad de los Servicios Eléctricos que establecen los mínimos de calidad de los servicios eléctricos a los que están obligadas las empresas de electricidad. En adición a lo anterior, también señaló que su negativa obedecía a que se encontraba en medio de un proceso de privatización y, como tal, tenía orden expresa de no sumir obligaciones contractuales que excedieran el año 1998.

Asimismo, Electrocentro sostuvo que la negativa a contratar no ocasionaba un perjuicio económico a la denunciante porque, de acuerdo al contrato que había celebrado con Cable Visión Huancayo S.A., Cab Cable recibiría tres veces el monto inicial de la contraprestación que le correspondía en el contrato si Electrocentro no suscribía el nuevo contrato de alquiler de postes. En cuanto al contrato con Telecable Pichanaki, planteó que esos postes eran de cemento y no de madera, encontrándose en buen estado, mientras que los que requería Cab Cable tenían una antigüedad de 15 años y no contaban con la altura suficiente para la instalación de cables adicionales.

Finalmente, Electrocentro sostuvo que su negativa no restringía la competencia en su favor, pues la prestación de servicios de televisión por cable no era parte de su giro de negocios y, además, tampoco podía acusársele de tratar de beneficiar a la empresa Telefónica del Perú, pues no tenía razón alguna para hacerlo.

La Comisión explicó los alcances de las negativas de trato y en qué medida una empresa con posición de dominio puede justificar su decisión de negarse a contratar. Al respecto, señaló

que en los casos de negativa injustificada de trato *“se asume en ambos casos la existencia de una relación de competencia entre la empresa que efectúa la práctica y la empresa que es afectada por ésta”*. Asimismo, también explicó que:

“En general, las leyes de competencia no imponen sobre las empresas la obligación de cooperar con sus competidores, incluso en los casos en que se trata de una empresa con posición de dominio. (...) Por ejemplo, un productor puede justificar la negativa de venta de su producto por razones económicas muy simples, como son el incumplimiento de ciertos acuerdos relativos a la venta (calidad, plazos, etc.), incumplimientos en el pago o la violación de derechos de propiedad intelectual por parte del consumidor del bien”.

Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión planteó que pueden existir casos de negativa en que no existe relación de competencia entre el dominante y la empresa afectada, denominándolos como una *“negativa arbitraria”*. Sobre este particular, se señaló lo que sigue:

“(...) esta Comisión considera que las prácticas de negativa de trato o negociación que no involucren una relación de competencia entre las partes pueden ser tratadas por las agencias y leyes que protegen la libre competencia. La decisión final de la intervención por parte de la autoridad de competencia debe hacerse sobre la base de una evaluación caso por caso, pudiendo darse supuestos en que la intervención no sería conveniente porque: (i) El caso involucra industrias que requieren un tratamiento especial por parte de una agencia específica; (ii) El mercado puede por sí mismo resolver el problema; (iii) El costo de la intervención resulta siendo mayor que el beneficio resultante de la misma.”

Aplicando el marco conceptual anterior, la Comisión analizó las justificaciones planteadas por Electrocentro. En primer lugar, consideró que la denunciada no podía desconocer la existencia de una relación comercial con Cab Cable, pues existía suficiente evidencia de una comunicación fluida entre las empresas, previamente a la negativa de Electrocentro. En cuanto al proceso de privatización y la imposibilidad de celebrar contratos con obligaciones que vayan más allá del 1998, entendió que la comunicación enviada por la Gerencia General de Electrocentro a sus órganos de línea en ese sentido, no constituía prueba que demuestre por sí misma que los nuevos dueños de la empresa se vieran obligados al cumplimiento de contratos de alquiler de postes firmados por la anterior administración. Respecto del eventual incumplimiento de la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos, la Comisión consideró que, de acuerdo a ella, las interrupciones en el suministro pueden deberse a diferentes causas no vinculadas necesariamente a las labores de mantenimiento de los postes u otros elementos de soporte. Asimismo, con relación a los argumentos técnicos de cruces y paralelismos de redes, señaló que para un grupo importante de cuadras fue posible determinar que los postes de Electrocentro no enfrentarían problemas de cruces y paralelismo.

En función del análisis antes mencionado y aún sin que hubiera evidencia de una relación de competencia entre Cab Cable y Electrocentro, la Comisión concluyó que *“los argumentos expresados por Electrocentro (...) no constituyen motivos económicos suficientes para justificar la negativa denunciada”*. En consecuencia, declaró fundada la denuncia e impuso una multa de 20 UIT a Electrocentro.

Adicionalmente, ordenó poner en conocimiento de las autoridades en materia de energía y telecomunicaciones la resolución y sus informes, para que propongan una regulación de carácter multisectorial que permita la mejor utilización de infraestructura como la descrita, permitiendo con ello el desarrollo de la competencia en los mercados involucrados⁶⁴.

La segunda instancia se pronunció confirmando la decisión de la Comisión, aunque reduciendo la multa impuesta a 5 UIT⁶⁵.

El Tribunal descartó las distintas justificaciones que había planteado Electrocentro, considerando que si los postes existentes de esta empresa tenían capacidad disponible no era razonable que Cab Cable invierta en la construcción de postes por los altos costos involucrados y la pérdida social al no utilizarse en su integridad los recursos existentes. Asimismo, el Tribunal entendió que la instalación de redes de televisión por cable en los postes de distribución eléctrica no implica necesariamente interrupciones en el suministro de energía dado que otras empresas distribuidoras han permitido dicha instalación sin que ello implique necesariamente afectar perjudicialmente la prestación del suministro de energía eléctrica. De igual modo, señaló que los problemas de cruce y paralelismos que pudieran presentarse se originarían, en principio, sólo por el incumplimiento a las normas establecidas en el Código Nacional de Electricidad. Con todo ello, terminó señalando que no existían razones que justifiquen la negativa de renovar el contrato con Cab Cable.

En su argumentación, el Tribunal explicó que:

“Si una empresa no puede adquirir el recurso o servicio controlado o prestado por la empresa dominante se vería impedida de poder competir en el mercado, con el consiguiente perjuicio, no sólo para dicha empresa, sino también para los potenciales consumidores. La decisión de que un competidor no ingrese o salga del mercado se debería en este caso –el de la negativa de contratación– no a la decisión de los consumidores, sino a la decisión unilateral de la empresa dominante”.

64 Resolución N°011-2000-INDECOPI/CLC, del 09 de octubre del 2000.

65 Resolución N°0869-2002/TDC-INDECOPI, del 11 de diciembre del 2002.

Al mismo tiempo, el Tribunal fue claro también al señalar que:

“Ello no quiere decir que la empresa dominante tenga el deber de contratar con todo aquel que se lo solicite, sino que no puede negarse a contratar injustificadamente. En otras palabras, no se impone el deber de contratar, sino la carga de justificar su negativa”.

Adicionalmente, el Tribunal precisó que si bien una empresa dominante mantiene el derecho a decidir libremente si contrata o no con un tercero, cuando controla una facilidad esencial debe permitir el acceso a la misma si tiene capacidad disponible para ello. Al respecto, manifestó que:

“(…) un recurso esencial es aquella infraestructura que es indispensable para la producción de un determinado producto en otro mercado, por lo que, la negativa a proporcionar dicho bien perjudica la competencia. En ese sentido, si una empresa que tiene un recurso o servicio considerado esencial, se niega injustificadamente a contratar con otra y dicha conducta perjudica el interés económico general, en especial, a los consumidores, será objeto de sanción por la autoridad de libre competencia”.

El Tribunal buscó ser más preciso en este punto y definió las cuatro condiciones para que exista obligación de permitir el acceso a una facilidad esencial:

- El control de la facilidad esencial debe encontrarse en poder de un monopolista (o una empresa con posición de dominio).
- Incapacidad o irrazonabilidad para duplicar la facilidad esencial.
- El rechazo del uso de la facilidad esencial.
- La posibilidad de proveer la facilidad.

c. Aero Continente S.A. contra Banco de Crédito del Perú (2002)

Aero Continente denunció que había tratado de abrir una cuenta corriente en el Banco de Crédito para que su agente autorizado en la ciudad de Puerto Maldonado depositara el dinero correspondiente a la venta de sus servicios en dicha ciudad, es decir, para que ese dinero estuviera disponible y pudiera ser transferido y utilizado de forma segura. Sin embargo, el Banco de Crédito se había negado a darle ese servicio, pese a ser la única entidad bancaria privada que operaba en Puerto Maldonado.

La Comisión consideró que la denuncia era infundada pues entendió que existían alternativas para que Aero Continente tenga la disponibilidad segura del dinero correspondiente a la venta de sus servicios en Puerto Maldonado, como por ejemplo el servicio de corresponsalía del Banco de la Nación que también operaba en la referida ciudad y permitía la transferencia de montos de dinero a cambio de un pago. Asimismo, la Comisión entendió que la negativa

del Banco de Crédito era justificada, en la medida que la denunciante no habría cumplido con los procedimientos adoptados por el Banco de Crédito en cumplimiento de las normas de la Superintendencia de Banca y Seguros para la vigilancia de actividades de lavado de dinero o actividades ilícitas⁶⁶.

El Tribunal tuvo otro criterio y revocó la decisión de primera instancia, declarando fundada la denuncia, ordenando al Banco de Crédito que acepte la solicitud de cuenta corriente en Puerto Maldonado, e imponiéndole una multa de 2 UIT⁶⁷.

El sustento de su decisión fue que el Banco de Crédito tenía posición de dominio en el servicio de cuenta corriente en Puerto Maldonado, pues allí no existían agencias, sucursales u oficinas de otras entidades bancarias facultadas para prestar dicho servicio. Para ello, el Tribunal descartó que el servicio de corresponsalía del Banco de la Nación fuera comparable al de transferencia vía cuenta corriente, ya que sólo permitía un depósito a la vez con un costo financiero distinto. Además, también consideró que no existía evidencia de que otros bancos tuvieran la intención de establecerse en dicha ciudad. En base a estas circunstancias, el Tribunal planteó que el servicio de cuenta corriente resultaba esencial para Aero Continente en Puerto Maldonado.

En cuanto a las justificaciones planteadas por el denunciado, el Tribunal no las consideró adecuadas para validar la negativa de abrir una cuenta corriente. Al respecto, el Tribunal señaló que si bien las normas del sistema financiero otorgaban discrecionalidad a los bancos para evaluar la idoneidad moral y económica de sus posibles clientes, tal discrecionalidad debía restringirse cuando el banco tenía la capacidad de impedir que un usuario se vea privado completamente del servicio (es decir, tuviera posición de dominio), caso en el cual la selección y exclusión de potenciales clientes tenía que sustentarse en condiciones de máxima objetividad y según criterios contemplados expresamente en la ley. Dicho lo anterior, consideró que las normas legales aplicables no permitían excluir a un cliente en base a sospechas y, además, que la negativa de trato no podía sustentarse en criterios contenidos en un documento elaborado internamente por el Banco.

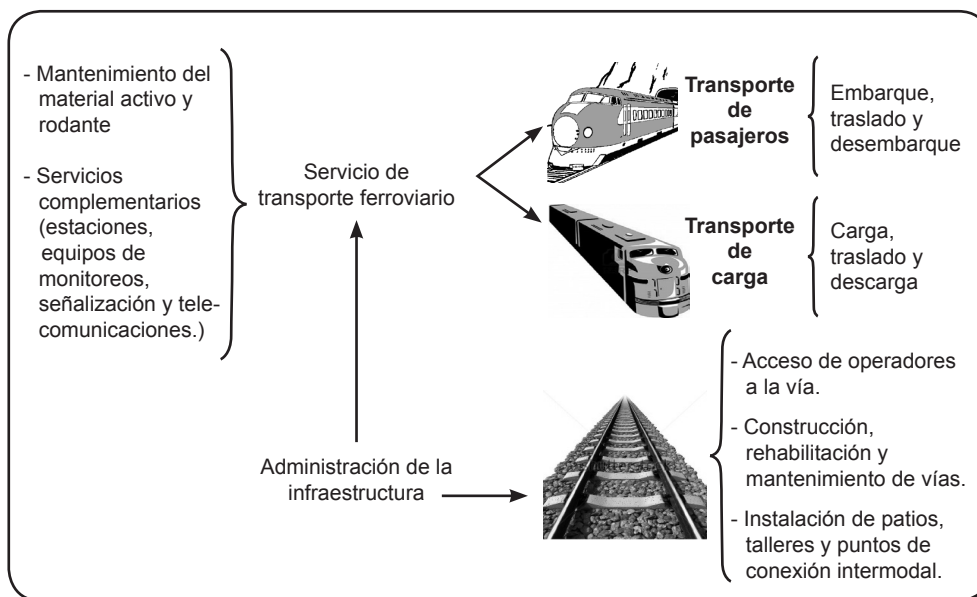
66 Resolución N°022-2001-INDECOPI/CLC, del 11 de julio del 2001.

67 Resolución N°00870-2002-TDC/INDECOPI, del 11 de diciembre del 2002.

d. Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. (FERSIMSAC) contra Ferrocarril Transandino S.A. (FETRANS) (2007)

En el proceso de promoción de la inversión privada del proyecto Ferrocarril Sur-Oriente, Tramo Cusco-Machu Picchu-Hidroeléctrica, se entregó en concesión a FETRANS la infraestructura de transporte ferroviario de la ruta Cusco-Machu Picchu. Dentro del proceso de licitación correspondiente se estableció a través de la Circular N°17 que (i) como parte de la concesión se entregaría también al adjudicatario el material tractivo y rodante (locomotoras y vagones) utilizados por ENAFER para brindar servicios de transporte de pasajeros y carga en la referida ruta; y (ii) el *“Adjudicatario deberá contratar, o en su caso constituir una persona jurídica que actúe como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario”*.

Gráfico N°14
La actividad ferroviaria



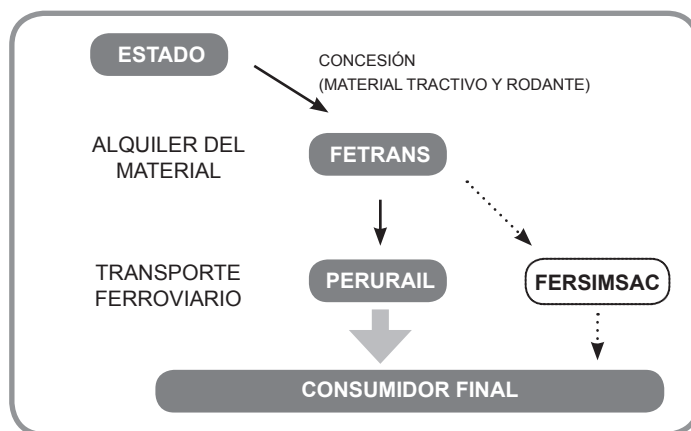
Elaboración: ST-CLC/INDECOPI.

Una vez que obtuvo la concesión, FETRANS constituyó la empresa Perurail S.A. con la finalidad de brindar el servicio de transportes de pasajeros y carga en la ruta Cusco-Machu Picchu utilizando en material tractivo y rodante antes indicado. Para tales efectos, FETRANS suscribió con Perurail un contrato de arrendamiento de todo el material tractivo y rodante.

FERSIMSAC, empresa autorizada para brindar servicios de transporte de pasajeros y carga en la ruta Cusco-Machu Picchu, solicitó a FETRANS que le alquile el material tractivo y rodante que había recibido en concesión y le pidió, además, las condiciones comerciales en que se lo alquilaba a Perurail. FETRANS informó que no podía aceptar lo solicitado debido a que ya había celebrado un contrato de alquiler con Perurail por la totalidad de los referidos medios de transporte.

FERSIMSAC denunció a FETRANS por abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de alquilarle el material tractivo y rodante, basada en el contrato de alquiler con Perurail, impidiéndole así competir con esta empresa en la prestación del servicio de transporte de carga y pasajeros en el Ferrocarril del Sur-Oriente. Según la denunciante, cualquier alternativa para tener su propio material tractivo y rodante (por ejemplo, comprarlo o alquilarlo a otros) resultaba mucho más onerosa que alquilarlo directamente de FETRANS, con lo cual esta empresa tenía posición de dominio. Además, la denunciante sostuvo que la negativa de alquiler basada en la celebración de un contrato con Perurail no era justificada pues era una forma de conservar el monopolio en los servicios de transporte de pasajeros y de carga en la ruta en cuestión.

Gráfico N°15
Modelo de concesión ferroviaria



Elaboración: ST-SDC/INDECOPI

FETRANS se opuso señalando que era técnica y económicamente viable que FERSIMSAC obtenga su propio material tractivo y rodante adquiriéndolo o alquilándolo de terceros, pero que no deseaba hacer la inversión correspondiente. Asimismo, planteó que la negativa estaba plenamente justificada porque mediaba un contrato con Perurail que debía ser respetado.

Además, señaló que el modelo de concesión permitía la operación verticalmente integrada, lo que significaba que se había preferido la recuperación de la inversión en la infraestructura ferroviaria y la mejora en la calidad y seguridad del servicio de transporte, en vez del estímulo de la competencia ya que no se había previsto, ni directa ni indirectamente, una obligación de brindar acceso al material tractivo y rodante.

La Comisión declaró infundada la denuncia⁶⁸. Si bien consideró que FETRANS tenía posición de dominio y que la existencia del contrato de alquiler del material tractivo y rodante pactado entre FETRANS y Perurail, sin mediar un proceso en que los interesados en acceder al mismo compitieran por alquilarlo, podía restringir la competencia en el mercado de servicios de transporte de pasajeros y carga, concluyó que la negativa estaba justificada en el hecho que la Circular N°17 del proceso de licitación permitía a FETRANS alquilar el 100% del material tractivo y rodante a la empresa vinculada que crease.

Sin perjuicio de ello, la Comisión manifestó que la situación existente consolidaba un monopolio en la prestación del servicio de transporte en la ruta Cusco-Machu Picchu, por lo cual podía ser conveniente que el Estado intervenga para establecer un procedimiento que asegure el acceso al material tractivo y rodante que forma parte de los bienes de la concesión de FETRANS.

El Tribunal fue de la opinión contraria, pues revocó la decisión de primera instancia y declaró fundada la denuncia, ordenando a FETRANS que cese la negativa de alquiler y sancionándola con una multa de 165,9 UIT⁶⁹.

En primer lugar, el Tribunal coincidió con la Comisión en que FETRANS contaba con posición de dominio en el mercado relevante, debido a que descartó que la compra o aprovisionamiento del material tractivo y rodante de terceros fuera un sustituto en términos económicos al alquiler de FETRANS; ello debido a que dicha inversión hubiera sido una barrera de entrada por los mayores costos y una barrera de salida por el costo hundido incurrido, y además era una inversión que sólo podría recuperarse en siete años.

En segundo lugar, el Tribunal señaló que:

“Una interpretación literal de la Circular N°17 permite apreciar que en tanto se amparaba la integración vertical en el FSO, disponiéndose que el adjudicatario de la Concesión Fetrans podía optar por contratar a una empresa como operador de servicios de transporte o por constituir una persona jurídica que actúe como tal. Sin embargo,

68 Resolución N°064-2006-INDECOPI/CLC, del 04 de septiembre del 2006.

69 Resolución N°1122-2007/TDC-INDECOPI, del 02 de julio del 2007.

ello no implica reconocer una suerte de exclusividad sobre el material a favor del Grupo Fetrans-Perurail, en virtud de la cual Fetrans pudiera negarse a solicitudes de alquiler de material de terceros, distintos de su vinculado”.

Por ello, el Tribunal hizo una interpretación sistemática y con visión finalista de la Circular N°17, señalando que la misma:

“... planteó un escenario excepcional, en el cual se amparaba el alquiler de la totalidad del material a Perurail; sin embargo, cuando un operador no vinculado a Fetrans solicitara acceso a este material, debía brindársele un trato no discriminatorio, lo que significa que Fetrans no podía negarle el acceso al material únicamente sobre la base del alquiler previo a Perurail”.

Según el Tribunal, dicha interpretación era consistente con el propósito que se buscó al admitir la integración vertical entre el adjudicatario y la empresa de transporte, que fue asegurar la continuidad del servicio de transporte de pasajeros y carga, y no otorgar una suerte de exclusividad al Concesionario en el aprovechamiento del material tractivo y rodante para brindar el servicio de transporte de pasajeros y de carga. En función de ello, concluyó que la negativa de alquiler a FERSIMSAC no estaba justificada por el contrato previo con Perurail.

e. Compañía Cervecera Ambev Perú S.A.C. (Ambev) contra Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. (Backus), el Comité de Fabricantes de Cervezas de la Sociedad Nacional de Industrias (CFC), y otros (2009)⁷⁰

Ambev iba a ingresar al mercado peruano de venta de cerveza y trató de incorporarse al CFC, pues éste controlaba el Sistema de Intercambiabilidad de Envases (SIE) en el que dicha empresa buscaba participar. El CFC era titular de las marcas colectivas que distinguían al envase de cerveza de 620 ml que en esa época utilizaban los consumidores para adquirir cerveza entregando su envase vacío y obteniéndola en un envase lleno de la marca de la preferencia, siendo esto último el denominado SIE.

Por ello, luego de su incorporación a la Sociedad Nacional de Industrias (SNI) como miembro adherente, Ambev solicitó también su incorporación al CFC, pero éste denegó su ingreso señalando que la referida empresa no elaboraba ni embotellaba cervezas en el Perú. Ambev pidió se reconsidere la decisión pues el Estatuto de la SNI y el del CFC no establecen como

⁷⁰ Los otros denunciados fueron Maltería Lima S.A., Compañía Cervecera del Sur del Perú S.A.A. y Cervecería San Juan S.A.A.

requisito elaborar o embotellar cervezas en el Perú al momento de presentar la solicitud, pero la negativa se mantuvo. Por ello, Ambev solicitó al CFC que le informe cuál era el porcentaje de producción de cerveza que debía tener para su incorporación, y el CFC simplemente respondió que se debía ser miembro industrial de la SNI (no sólo miembro adherente) y desarrollar en el Perú la industria cervecera o maltera.

En enero de 2004, Ambev presentó una denuncia por abuso de posición de dominio contra Backus y el CFC por negativa injustificada de trato como parte de una estrategia conducente a impedir su acceso al SIE. En la denuncia Ambev señaló que se había negado su acceso al CFC pese a cumplir todos los requisitos, sin que uno de ellos fuera elaborar y embotellar cerveza en el Perú. Además, afirmó que siendo miembro de la SNI tenía derecho a formar parte de sus comités gremiales como el CFC.

El CFC se defendió planteando que la incorporación al CFC requiere considerar conjuntamente los requisitos previstos tanto en el Estatuto de la SNI como del CFC, y que ello determinaba que para incorporarse al CFC se requiere ser miembro industrial, haber iniciado actividades y ejercer una actividad afín a la de los miembros del CFC. Asimismo, el CFC indicó que no era razonable incorporar a compañías que no se dediquen a fabricar cerveza aduciendo únicamente ser miembro de la SNI, pues el Estatuto prevé agrupar en comités a miembros industriales que desarrollen la misma actividad.

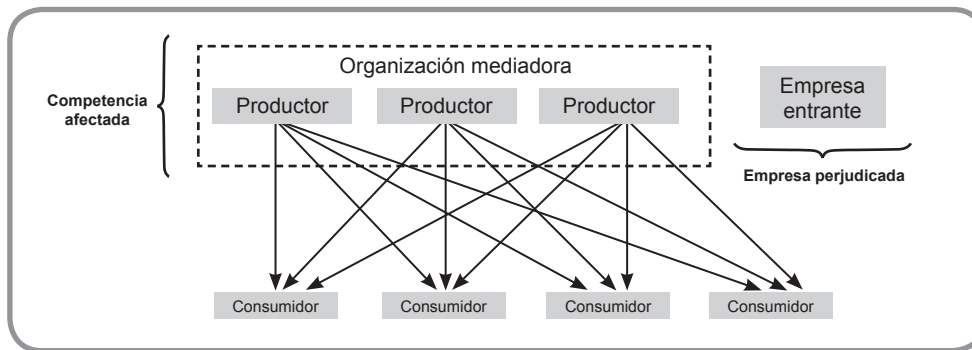
Por su parte, Backus se defendió señalando que Ambev había solicitado su incorporación al CFC y no establecer un sistema de intercambio de botellas con Backus o sus empresas vinculadas. De igual modo, sostuvo que las empresas del grupo Backus no buscaron crear barreras de entrada al mercado para Ambev, pues le ofrecieron establecer un verdadero sistema de intercambio de botellas que beneficie a los consumidores y prevenga el aprovechamiento indebido de los activos del grupo Backus. Finalmente, Backus señaló que los miembros adherentes de la SNI que no representan a un industrial actual y que no participan con un porcentaje en la producción nacional no podrían acceder a los comités de la SNI, pues con estos órganos se busca reunir a productores manufactureros especializados en una determinada rama y no a futuros industriales que estando en actividad, clasifican en un rubro de la CIU que no es el que corresponde al comité al que desean ingresar, tal como sucedía con Ambev y su deseo de incorporarse al CFC.

Durante la tramitación de este procedimiento se dieron diversas actuaciones e incluso se dictó una medida cautelar a favor de Ambev, que después fue revocada en segunda instancia. Luego de una larga investigación, en el 2009 la Comisión resolvió acogiendo el desistimiento de la denuncia presentado por Ambev, mediando para ello la presentación de la transacción extrajudicial a la que había llegado la denunciante con Backus.

Sin perjuicio de ello, la resolución de la Comisión acogió el desistimiento sobre la denuncia y decidió concluir el procedimiento por falta de afectación al interés general⁷¹. En particular, la Comisión consideró que si bien se había incurrido en una negativa injustificada de entrada al CFC, dicha conducta no había producido un efecto nocivo en la capacidad de competir de Ambev, por lo que no se habría verificado una afectación del proceso competitivo.

Para su análisis la Comisión distinguió dos escenarios de acceso a una organización intermediadora. De un lado, señaló que el acceso a una organización de esta naturaleza es relevante cuando es indispensable o trascendente para que la empresa pueda ofrecer a los compradores sus productos o servicios, con lo cual una negativa de acceso a la organización reduce su capacidad de competir en el mercado. En tal caso, la Comisión señaló que correspondía evaluar la naturaleza de los acuerdos que sostienen dicha organización y el objetivo de su funcionamiento. El siguiente gráfico (ver Gráfico N°16) muestra el escenario en el cual el acceso a la organización intermediadora es indispensable.

Gráfico N°16
Organización intermediadora indispensable o trascendente

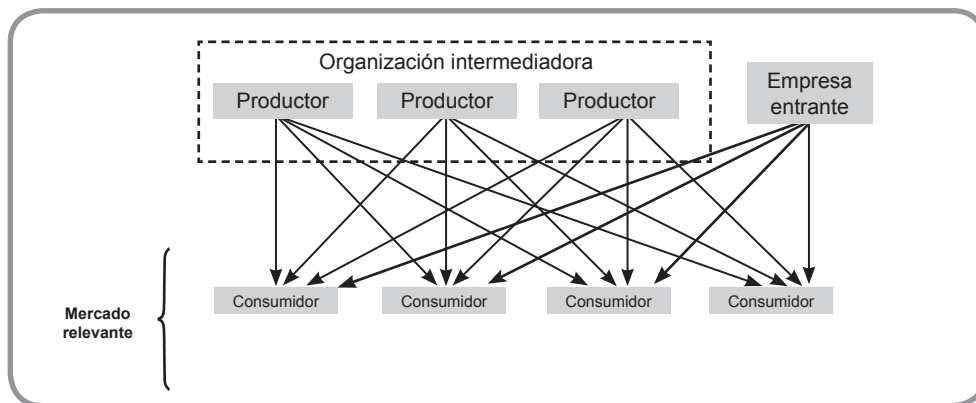


Elaboración: ST-CL/INDECOPI

De otro lado, se encuentra el escenario en el cual pertenecer a la organización intermediadora no es requisito vital ni trascendente para que la empresa pueda transar sus bienes en el mercado, con lo cual la negativa de acceso no se constituye en una barrera a la entrada y su efecto se ve atenuado o desaparece. Este escenario se grafica a continuación (ver Gráfico N°17).

⁷¹ Resolución N°045-2009-INDECOPI/CLC, del 25 de junio del 2009.

Gráfico N°17
Organización intermediadora no indispensable o no trascendente



Elaboración: ST-CL/INDECOPI

Considerando lo anterior, la Comisión entendió, en primer lugar, que de acuerdo con los Estatutos de la SNI y del CFC, sólo se requería ser miembro de la SNI para incorporarse al CFC pero no ser miembro industrial. Además, consideró que tampoco era válido negar la incorporación al CFC argumentando que Ambev no era productor de cerveza en el Perú, pues “... la incorporación de socios adherentes con experiencia en la industria que desarrolla el CFC no desnaturaliza el cumplimiento de sus funciones”. De este modo, concluyó que la negativa era injustificada.

Sobre el efecto de esa negativa, la Comisión entendió que “... no se verificaría un efecto nocivo en la capacidad de competir de Ambev, ni que ésta se haya encontrado en una situación de desventaja producto de su no participación en el SIE, todo ello para todos los escenarios analizados”.

Para llegar a esta conclusión, la Comisión señaló que analizaría si la conducta denunciada había creado barreras de entrada para Ambev, indicando que:

“... se entiende por ‘barreras de entrada’ para efectos del análisis antitrust, aquellas condiciones estructurales de mercado o conductas de las empresas establecidas que impidan o retrasen en ingreso de competidores potenciales, de tal manera que se permite el ejercicio de poder de mercado de las primeras.

La dilación de la entrada de un nuevo competidor producto de una conducta reñida con la eficiencia económica por parte del agente establecido, también se encuentra contenida bajo la prohibición de abuso de posición de dominio por sus efectos nocivos sobre el proceso competitivo”.

En cuanto a la entrada a una entidad de intermediación, como el CFC, la Comisión señaló que:

“... una negativa a la incorporación o mantenimiento de un agente dentro de un acuerdo entre competidores que involucra una facilidad para participar del mercado (organización intermediadora) podría resultar en una práctica anticompetitiva por parte de la empresa, en el caso de un abuso de posición de dominio (...).”

Sin embargo, también explicó que:

“... cuando la organización intermediadora agrupa a empresas productoras de un determinado bien, y el pertenecer a aquella no es un requisito indispensable o trascendente para transar en el mercado, la negativa de incorporación o mantenimiento en la organización no se constituye en una barrera de entrada”.

Finalmente, la Comisión precisó que:

“... para que una negativa injustificada de colaboración entre competidores constituya una práctica de abuso de posición de dominio, en la modalidad de barreras a la entrada estratégicas, son relevantes los costos que le son impuestos por dicha conducta al competidor entrante. En efecto, lo que resulta relevante para la identificación de una práctica anticompetitiva, bajo estos supuestos, es la magnitud de tales costos y cómo éstos impactan en la capacidad de competir de los rivales y, en particular, en la oportunidad de ingreso al mercado de los competidores potenciales”.

En función de estas ideas, la Comisión evaluó en qué medida había afectado a Ambev no pertenecer al CFC y no participar en el SIE, encontrando que dicha empresa había logrado operar en el mercado y lanzar sus productos con sus propios envases, aún sin integrar el CFC. En consecuencia, entendió que si bien la negativa pudo haber creado mayores costos para Ambev, la magnitud de los mismos no había impactado de forma vital la capacidad de competir de la denunciante.

3.1.2 Discriminación⁷²

La experiencia del Indecopi en materia de abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación no es tan extensa como la de negativas injustificadas de trato. No obstante, han existido varios casos de discriminación que han dado lugar a desarrollos interesantes.

⁷² BULLARD, Alfredo. (1997). Op. Cit. DIEZ ESTELLA, Fernando. (2003). *La Discriminación de Precios en el Derecho de la Competencia*. Madrid, Thomson - Civitas. GERADIN, Damien y PETIT, Nicholas. (2005). “Price Discrimination under EC Competition Law: The Need for a Case-by-Case Approach”. En: *Global Competition Law Centre Working Paper*. N°07/05. Ver: <http://www.coleurope.eu/nl/node/5844>. QUINTANA, Eduardo. (2007). “Discriminación de Precios y Libre Competencia: ¿Nuevos Aires para una Antigua Figura?”. En: *Ethos*. N°1. Lima, Impreso Gráfica, pp. 63-72.

La jurisprudencia demuestra que la prohibición de prácticas discriminatorias constituye una limitación a las estrategias comerciales que pueden emplear las empresas con posición de dominio. Si bien éstas mantienen libertad para definir, por ejemplo, sus políticas de descuentos, deben hacerlo siempre contando con un sustento razonable, de modo que no coloquen a unos competidores en desventaja frente a otros, pues es evidente que un comprador que obtiene descuentos en la adquisición de insumos puede producir y ofrecer sus bienes en mejores condiciones que el competidor que no accede a tales descuentos.

La discriminación puede darse en distintas formas, incluyendo situaciones de precios diferenciados o descuentos selectivos, así como tratamientos no uniformes en cuanto a otras condiciones de venta o contratación (plazos contractuales, condiciones crediticias, obligaciones asumidas por el comprador, entre otras). Los casos que se describen más adelante se refieren principalmente a denuncias por discriminación de precios, aunque también se incluye otras modalidades, identificándose el método que habitualmente sigue el Indecopi para analizarlas.

ELEMENTOS TÍPICOS DE LA DISCRIMINACIÓN

- La posición de dominio en el mercado relevante.
- La aplicación de condiciones diferenciadas por la empresa dominante.
- La equivalencia de los compradores, por ejemplo por razones de los costos involucrados en atenderlos.
- El efecto exclusorio de la competencia.

Respecto de la equivalencia o no de los compradores, la jurisprudencia muestra que ésta puede evaluarse en términos de los costos que asume la empresa dominante por atender a cada comprador (si los costos son similares no debería aplicarles distintas condiciones de venta) o, en algunos casos, en términos de su disposición de pago ("elasticidad de demanda") dadas las particulares características de su demanda. De hecho, la forma más usual de evaluar la equivalencia es a través de los costos incurridos.

En los casos de discriminación que se describen se puede identificar también el tema de la necesidad o no de una relación de competencia, directa o indirecta (a través de empresas vinculadas), entre la empresa dominante y los competidores perjudicados por el trato diferenciado no justificado.



Cuadro N°6
Abuso de Posición de Dominio
Casos de Discriminación

| | |
|--------------------------------|--|
| CASOS DE DISCRIMINACIÓN | Fondo de Fomento para la Ganadería Lechera del Sur (Fongal Sur) contra Gloria S.A. (1993). |
| | Empresa Editora El Comercio SA. contra Aero Continente S.A. (1999). |
| | Asociación de Empresas Envasadoras de Gas del Perú (ASEEG) contra Vopak Serlipa S.A. y Petróleos del Perú S.A. (Petroperú) (2007). |

a. Fondo de Fomento para la Ganadería Lechera del Sur (Fongal Sur) contra Gloria S.A. (1993)

Fongal Sur denunció a Gloria por pagar precios discriminatorios por la leche entera cruda que compraba a los ganaderos agrupados en dicho Fongal, frente a los precios que pagaba a los ganaderos agrupados en Fongal Arequipa⁷³.

En particular, Fongal Sur denunció varias prácticas de precios diferenciados consistentes en: (i) el pago de precios de compra distintos, en función simplemente de que la leche proviniera de los productores agrupados en Fongal Sur o en Fongal Arequipa; (ii) el otorgamiento de una bonificación sobre el precio a pagar basada en el contenido graso de la leche, para lo cual se habían adulterado los resultados del examen de contenido graso; y (iii) el otorgamiento de bonificaciones por ventas de mayor volumen de leche que sólo podían alcanzar a algunos ganaderos. Según Fongal Sur, el objetivo de Gloria era beneficiar indebidamente a Fongal Arequipa, colocando en ventaja a los ganaderos que pertenecían a dicha organización.

En cuanto a la primera conducta denunciada, la Comisión identificó que la diferencia de precios pagados se dio y terminó antes de que se iniciara la aplicación del Decreto Legislativo N°701, por lo que consideró que no correspondía realizar un análisis mayor. Respecto de las bonificaciones por contenido graso, la Comisión comprobó que Gloria las asignaba independientemente del origen de la leche, utilizando un método científico reconocido en esta industria por ofrecer resultados acertados para medir el contenido graso de la leche; y además no encontró evidencia alguna de que Gloria hubiera distorsionado los resultados de los exámenes de contenido graso. Finalmente, sobre la bonificación por volumen vendido, la Comisión consideró que Gloria la otorgaba indistintamente basándose en un criterio objetivo como era el volumen de leche diario que le vendía cada ganadero, señalando por ello que esta bonificación sólo constituía una medida de incentivo para la mayor producción.

⁷³ Resolución N°003-93-INDECOPI/CLC, del 31 de agosto de 1993.

En este caso, la Comisión consideró que una diferenciación de precios puede encontrarse justificada por “razones intrínsecas a la misma operación”. En particular, las razones de la diferencia de precios que pagaba Gloria se vinculaban con las características de provisión de la leche, tales como el volumen vendido y la cantidad de grasa que contenía el producto. La explicación detrás de estas razones podría ser que los costos de Gloria se reducían según el mayor contenido graso de la leche y el mayor volumen de compra, de modo que era justificado que pagara precios más elevados a los productores de leche entera cruda que lograban las referidas condiciones.

b. Empresa Editora El Comercio S.A. contra Aero Continente S.A. (1999)

El Comercio utilizaba el servicio de transporte aéreo de carga prestado por diversas empresas, entre ellas Aero Continente, para transportar el diario a las ciudades del interior del país. La política de precios de la referida aerolínea contemplaba un precio general por kilogramo de carga en función de la ciudad de destino y otro precio 50% mayor para el transporte de carga que tenía alguna característica que le daba carácter perecible (huevos fértiles, carga de material enviado por servicio *courier*, diarios, periódicos, revistas, entre otros). En el año 1997 Aero Continente creó un tercer precio, 100% mayor que el de carga general, aplicable únicamente a los diarios, periódicos y revistas.

Debido a lo anterior, El Comercio denunció a Aero Continente por discriminación de precios, señalando que la creación de un precio mayor para diarios y revistas, distinto del aplicable para otra carga perecible, no tenía justificación alguna. Es decir, denunció una discriminación en el precio por el transporte de los dos tipos de carga perecible.

Adicionalmente, El Comercio denunció que también existía una discriminación entre los precios que cobraba Aero Continente a las distintas editoras de diarios, presentando evidencia que mostraba que a El Comercio le cobraba la nueva tarifa para diarios y revistas, mientras que a otros diarios les cobraba una tarifa menor por el transporte a la misma ciudad de destino y pese a tener volúmenes similares o menores a los que transportaba El Comercio.

La Comisión encontró que Aero Continente tenía posición de dominio en cuatro de las rutas de transporte que fueron materia de la denuncia (Lima-Iquitos, Lima-Pucallpa, Lima-Puerto Maldonado y Lima-Tarapoto). Adicionalmente, estando probado que se cobraban precios distintos entre carga perecible y diarios, y entre diarios entre sí, evaluó si existían circunstancias que justificaran tal diferenciación.

En cuanto a la discriminación entre tipos de carga perecible, la Comisión concluyó que el transporte de diarios presentaba diferencias respecto del transporte de otra carga perecible. Tales diferencias se relacionaban con los costos de oportunidad de llevar los diarios todos los días del año, en el primer vuelo de la mañana, y sólo en la ruta de ida (pues dicha carga no regresaba en el vuelo de retorno). Asimismo, la creación de la nueva tarifa se daba en una coyuntura de restricción de servicios de transporte aéreo, por la salida o retiro paulatino de varias aerolíneas (como Faucett, Americana de Aviación y, en cierta medida, Aero Perú), con lo cual el primer vuelo de la mañana de Aero Continente para varias rutas tenía mucha mayor demanda. Por último, también se consideró como una diferencia el que las empresas de diarios tuvieran menor elasticidad de demanda (es decir, su necesidad de usar transporte aéreo no se veía considerablemente afectada por las modificaciones en el precio del servicio), por lo que estaban dispuestas a pagar un mayor precio. En función de tales características, la Comisión consideró que existía justificación para el cobro de precios distintos según el tipo de carga perecible y, por ende, que la práctica denunciada no constituía un acto de abuso de posición de dominio.

Respecto de la discriminación entre diarios, la Comisión encontró que Aero Continente había celebrado contratos (denominados de "cuenta canje") con la mayoría de diarios a través de los cuales ambas partes congelaban sus tarifas a la fecha de firma del contrato y además se otorgaban descuentos mutuos. El Comercio no había aceptado suscribir un contrato de esa naturaleza, pese a que Aero Continente se lo había ofrecido. Por ello, la Comisión entendió que, a través de tales contratos, los diarios daban determinadas ventajas a Aero Continente que ésta no obtenía de El Comercio, por lo que se justificaba el cobro de un precio menor a los primeros. Consecuentemente, en este caso también se concluyó que la práctica denunciada no era un acto de abuso de posición de dominio⁷⁴.

El Tribunal confirmó el pronunciamiento de la Comisión, señalando que la demanda de servicios de los diarios y revistas era de naturaleza especial porque requería un despacho diario e inmediato en los primeros vuelos de la mañana, circunstancias que explicaban razonablemente la mayor tarifa que estaba aplicando Aero Continente. Además indicó que, para determinar la legalidad de una diferenciación de precios, debía evaluarse si existía una explicación suficientemente razonable para tal diferencia y, de otro lado, si se apreciaba una finalidad clara de otorgar un trato privilegiado a algunos competidores en perjuicio de otros⁷⁵.

74 Resolución N°004-98-INDECOPI/CLC, del 30 de septiembre de 1998.

75 Resolución N°0078-1999/TDC-INDECOPI, del 05 de marzo de 1999.

c. Asociación de Empresas Envasadoras de Gas del Perú (ASEEG) contra Vopak Serlipisa S.A. y Petróleos del Perú S.A. (Petroperú (2007)).

Petroperú realizaba, además de actividades de producción y comercialización de hidrocarburos, la operación de terminales de almacenamiento de hidrocarburos. Sin perjuicio de lo anterior, los terminales de almacenamiento de hidrocarburos, químicos y gases en el puerto del Callao eran operados en exclusiva por Vopak, en virtud de un contrato con el Estado Peruano, luego que obtuviera la adjudicación de la buena pro en el concurso llevado a cabo para adjudicar dicho servicio. Por ello, Petroperú tenía contratada toda la capacidad de almacenamiento de Vopak en el puerto del Callao.

En septiembre del 2000, Pemagasa, empresa perteneciente a la ASEEG que había importado gas licuado de petróleo (GLP), solicitó capacidad de almacenamiento a Petroperú, pero ésta le señaló que no tenía capacidad pues la utilizaba para almacenar el GLP necesario para dar prioridad a la demanda interna. Posteriormente, en marzo del 2001, Llamagas solicitó almacenamiento a Petroperú para su GLP; esta empresa renunció a una capacidad de 9.500 barriles que cedió a Vopak, luego de lo cual Llamagas solicitó a Vopak dicho almacenamiento y logró celebrar un contrato por el referido volumen. Unos meses después, en junio del 2001, Llamagas solicitó a Petroperú almacenamiento adicional por 1.000 barriles, y ésta volvió a renunciar a una capacidad de almacenamiento igual y la cedió a Vopak, luego de lo cual Llamagas pidió a Vopak la capacidad adicional que requería, logrando un contrato por esa capacidad.

ASEEG denunció a Vopak y a Petroperú por establecer condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en el mercado de almacenamiento de GLP, en la medida que Petroperú había otorgado a Llamagas derechos preferenciales de almacenamiento, restringiendo la posibilidad de que cualquier otro distribuidor, como Pemagasa acceda a la nueva capacidad de almacenamiento disponible, lesionando con ello el proceso competitivo a ese nivel de la cadena de valor de la comercialización de GLP.

Vopak sostuvo que no había obtenido beneficios de la supuesta infracción pues hubiera obtenido los mismos ingresos por celebrar el contrato con Llamagas que con cualquier competidor de ésta. Asimismo, señaló que no se habían producido condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, pues cuando Pemagasa presentó su solicitud no había capacidad de almacenamiento disponible, situación que cambió cuando Llamagas efectuó su solicitud. Además, explicó que no existía una obligación contractual o legal que le exigiera comunicar a todos los interesados la disponibilidad de capacidad de almacenamiento al mercado. Finalmente, sostuvo que si Pemagasa se había visto perjudicada por el contrato celebrado con Llamagas, ello constituía un daño concurrencial lícito.

Petroperú afirmó que ella no era responsable de que fuera obligatorio contar con derechos de almacenamiento previos a importar GLP. Asimismo, señaló que no participaba en el mercado de oferta de almacenamiento de GLP sino que, más bien, era demandante de ese servicio, por lo que no compartía con Vopak posición de dominio en dicho mercado.

La Comisión declaró fundada la denuncia e impuso una multa de 154,8 UIT a Petroperú y de 9,5 UIT a Vopak⁷⁶.

Para tales efectos, la Comisión identificó que Vopak tenía posición de dominio en el mercado de servicios de almacenamiento de hidrocarburos del Callao. No obstante, también consideró que dicha posición era compartida con Petroperú, dados los hechos relacionados con el pedido de Pemagasa y el contrato de almacenamiento que había llegado a suscribir Vopak con Llamagas.

En cuanto a la conducta denunciada, la comisión consideró que existían indicios que permitían concluir que Petroperú había informado previamente a Llamagas su decisión de renunciar a parte de la capacidad de almacenamiento que tenía contratada con Vopak en el puerto del Callao, dándole ventaja sobre cualquier otro distribuidor de GLP interesado en contratar con Vopak la capacidad de almacenamiento liberada. Esto fue deducido por la Comisión por el hecho de que entre la comunicación de Petroperú a Llamagas informándole que había renunciado a la capacidad de almacenamiento y la comunicación de Llamagas a Vopak solicitándole contratar la capacidad liberada mediaba solamente un día de diferencia.

Adicionalmente, la Comisión consideró que Vopak había otorgado derechos preferenciales a Llamagas en desmedro del resto de distribuidores de GLP, al contratar directamente con la primera empresa sin dar la posibilidad a otras envasadoras de GLP, como Pemagasa, de acceder a la capacidad de almacenamiento disponible. Con este comportamiento habría evitado cumplir con el principio de libre competencia contenido en su Contrato que establece que *“... El Operador no otorgará derechos preferenciales a ningún Mayorista, que permita o suponga la exclusión de otros en la utilización de las instalaciones de almacenaje en los Terminales, ni en el despacho de los hidrocarburos en los Terminales”*.

En la apelación, Petroperú planteó que Vopak no tenía posición de dominio en el servicio de almacenamiento de hidrocarburos, dado que las empresas Repsol y Zeta Gas (también envasadoras de GLP) tenían mayor capacidad de almacenamiento en la zona y, pese a ello, fueron excluidas indebidamente del mercado relevante. Si bien estas empresas no competían efectivamente en la prestación del referido servicio, ello no significaba que no fueran competidores potenciales en la provisión. En adición a lo anterior, también afirmó que no se había acreditado que la conducta denunciada hubiera generado un beneficio para Petroperú, como lo requiere la ley. Finalmente, afirmó que no se había producido un daño al proceso competitivo ni al interés económico en general.

76 Resolución N°051-2006/CLC-INDECOPI, del 10 de julio del 2006.

El Tribunal confirmó la decisión de primera instancia. En primer lugar, descartó que la capacidad de almacenamiento de GLP que tenían Repsol y Zeta Gas estuviera disponible para otros envasadores, pues ambas empresas habían manifestado que no se dedicaban al arrendamiento de capacidad de almacenamiento. En consecuencia, dicha capacidad no era un sustituto de la capacidad de almacenamiento de Vopak y no formaba parte del mercado relevante.

Gráfico N°18
Plantas de almacenamiento del GLP en el Perú



Fuente: Ministerio de Energía y Minas - DGH
Elaboración: STC-CLC/INDECOPI

De otro lado consideró que, cuando Pemagasa y Llamagas presentaron las solicitudes para contratar almacenamiento, Petroperú tenía contratada toda la capacidad, por lo que Vopak sólo podía contratar con otra envasadora de GLP si Petroperú liberaba parte de su capacidad, con lo cual la posición de dominio de Vopak dependía de la decisión de Petroperú.

En segundo lugar, consideró que el principio de libre competencia contenido en el contrato de Vopak la obligaba a actuar procurando contratar con aquellos agentes que realizarían un uso más eficiente de la capacidad liberada. Más aún, señaló que su posición dominante en el mercado del arrendamiento de capacidad de almacenamiento de GLP le imponía el deber de no discriminar entre los agentes que pueden requerir dicho servicio, de modo que afectara la competencia.

Unido a lo anterior, el Tribunal verificó que los contratos de arrendamiento de capacidad entre Vopak-Petroperú y entre Vopak-Llamagas, mostraban que las tarifas cobradas a Llamagas por almacenamiento y por operaciones de despacho eran mayores que las cobradas a Petroperú, con lo cual Vopak también había obtenido beneficios individualizables derivados de la conducta discriminatoria.

Cuadro N°7
Contratos de almacenamiento suscritos por Vopak

| Concepto/Cliente | | Petroperú | Llamagas |
|--------------------------------|--|--|--|
| Fecha de inscripción | | 29 01 99 | 28 05 01 |
| Vigencia | | Indefinida | Hasta el 31.03.04 |
| Formas de retribución (US\$) | Tarifa por capacidad de Almacenamiento | 0,60 barril/mes | 0,6473 barril/mes |
| | Tarifa de Operación (despacho) <i>Throughput</i> | 0,58 barril | 0,6258 barril |
| Capacidad contratada | | 49 500 barriles | 10 500 barriles |
| Servicios adicionales | Horas extras (US\$) | 7 camión/hora (mínimo US\$ 25 horas o fracción) | 7 5524 camión/hora (mínimo US\$ 46 9544 hora o fracción) |
| | Traspaso de combustible a otro tanque (US\$) | 0,22 barril | 0,3129 barril |
| | Adicionales | US\$ 25 nave/hora o fracción (despacho de Bunker) | US\$ 0.015 barril (recibido en depósito autorizado de aduana) |
| | | S/. 0,05 galón (despacho en cilindros) | US\$ 15,51 m² (arrendamiento de oficinas) |
| Motivo de término del contrato | | Contrato Vigente | Resolución del contrato a solicitud de Llamagas |

Fuente: Petroperú y Llamagas. Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

Finalmente, el Tribunal afirmó que la cesión de capacidad de almacenamiento a Llamagas, en lugar de Permagasa, podía encerrar una intención de Petroperú de cuidar su posición en el nivel comercial donde participa dentro de la cadena de comercialización de GLP, con lo cual sí obtenía beneficios con la conducta denunciada⁷⁷.

3.1.3 Abuso de Procesos Legales⁷⁸

Como se sabe, las empresas deben cumplir los requisitos y condiciones señaladas por el marco legal y obtener autorizaciones, licencias, concesiones o, en general, títulos habilitantes, para comenzar a operar en el mercado. Si bien el cumplimiento de los requisitos necesarios es vital para que la operación de tales empresas sea adecuada y segura, la existencia de los mismos y de vías legales para cuestionar su incumplimiento puede ser una forma de ocasionar indirectamente restricciones indebidas al proceso competitivo. En efecto, las empresas o agentes ya establecidos pueden encontrar atractivo o conveniente impedir la entrada de nuevos competidores o retrasar su ingreso al mercado, oponiéndose al otorgamiento de los permisos o títulos habilitantes antes señalados. Asimismo, también pueden encontrar de utilidad cuestionar, por las vías legales correspondientes, la validez de los permisos o autorizaciones ya otorgados a los competidores.

De esta forma, los competidores pueden valerse indebidamente de los procesos o procedimiento establecidos por el marco legal para impedir o retrasar la entrada de competidores o para obstaculizar su permanencia en el mercado. Claro está que en este tipo de casos será sumamente debatible si quien se opone a la entrada de una nueva empresa está buscando restringir indebidamente la competencia o, simplemente, está cuidando a través del derecho de acción que se cumplan estrictamente las reglas de una operación adecuada y segura.

La experiencia del Indecopi en esta materia se circunscribe a tres casos. No obstante, como se podrá observar a continuación, el nivel de estudio de esta figura se ha ido haciendo cada vez más profundo, contribuyendo a delinear en forma adecuada el alcance de la conducta prohibida.

77 Resolución N°0454-2007/TDC-INDECOPI, del 30 de marzo del 2007.

78 Sobre el abuso de posición de dominio en la modalidad de uso abusivo y reiterado de procesos y procedimientos puede verse: BULLARD, Alfredo y FALLA, Alejandro. (2005). "El Abogado del Diablo. El Abuso de Procesos Legales o Gubernamentales como Práctica Anticompetitiva". En: *Ius et Veritas*. N°30. Lima, Tarea Gráfica Educativa, pp. 40-51. FALLA, Alejandro y DRAGO, Mario. (2012). "Unas son de Cal y otras de Arena. Aplicación de la Ley de Competencia durante el 2011". En: *Ius et Veritas*. N°44. Lima, Tarea Gráfica Educativa, pp. 158-182. QUINTANA, Eduardo. (2012). "Cuando los Litigios se Convierten en una Herramienta Anticompetitiva". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N°160. Lima, Editorial el Búho, pp. 59-64. RIVERA, Alfonso. (2012). "Cómo pasar un camello por el ojo de una aguja: sobre cómo el Indecopi ha dejado prácticamente sin efecto la figura del Abuso Anticompetitivo de Procesos". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N°160. Lima, Editorial El Búho, pp. 51-58.

La prohibición del abuso de procesos legales permite un sano equilibrio entre el ejercicio del derecho de acción o de petición y la protección del proceso de competencia, constituyéndose así también en una limitación al comportamiento de las empresas dominantes. En tal sentido, las empresas con posición de dominio mantienen su derecho de inicio de acciones legales pero deben cuidar que su ejercicio no desemboque en la constitución de barreras de entrada o permanencia en el mercado.

Luego del desarrollo jurisprudencial que se ha dado, los elementos característicos de esta modalidad de abuso de posición de dominio son: (i) el uso reiterado de acciones legales contra competidores, y (ii) la utilización abusiva de tales acciones. Siendo este último el elemento más difícil de identificar, se ha considerado que el carácter abusivo se configura si se cumplen dos condiciones. Primero se debe identificar la ausencia de fundamento objetivo o de una expectativa razonable de triunfo que sustente la pretensión del agente que inicia y/o promueve las acciones legales (es decir, se debe establecer que son acciones legales carentes de mérito). Solamente si se encuentra lo anterior, como segundo paso se debe identificar si la actividad procesal carente de mérito intenta afectar el correcto funcionamiento del mercado, dirigiéndose contra competidores o buscando establecer barreras a su entrada (efecto anticompetitivo).

Cuadro N°8
Abuso de Posición de Dominio
Abuso de Procesos Legales

| | |
|----------------------------------|--|
| ABUSO DE PROCESOS LEGALES | Lebar S.A. en contra de Asesoría Comercial S.A. y la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicio del Perú (AGESP) (1995). |
| | Asociación Peruana de Operadores Portuarios (APOP) y otros contra Pilot Station S.A. (Pilot) (2007). |
| | Asociación de Operadores de Ferrocarriles del Perú (APOFER) contra Ferrocarril Transandino S.A. (FETRANS), Perurail S.A. (Perurail), Peruval Corp. S.A. (Peruval), y Peruvian Trains & Railways S.A. (PTR) (2011). |

a. Lebar S.A. en contra de Asesoría Comercial S.A. y la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicio del Perú (AGESP) (1995).

Este fue el primer caso que conoció el Indecopi en esta materia y se dio durante la vigencia del Decreto Legislativo N°701, norma que no contemplaba el uso abusivo de procesos y procedimientos legales como una conducta prohibida expresamente. Los hechos se describen a continuación.

Lebar es una empresa que estaba siguiendo los trámites necesarios para obtener las autorizaciones necesarias para instalar y operar una estación de servicios y venta de combustible en la intersección de las avenidas Javier Prado y Nicolás Arriola en la ciudad de Lima.

La AGESP había cuestionado ante varias autoridades la instalación y puesta en funcionamiento del grifo de Lebar afirmando que dicho establecimiento incumplía la prohibición de instalar de grifos y estaciones de servicio en la vía pública, establecida en el Reglamento de Seguridad para Establecimientos de Venta al Público de Combustibles Derivados de los Hidrocarburos (Decreto Supremo N°054-93-EM). En particular, había iniciado diversos procedimientos ante autoridades administrativas (Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas, la Municipalidad de Lima y la Municipalidad de La Victoria) y un proceso judicial (acción de amparo iniciada contra la Municipalidad de Lima por autorizar el establecimiento del grifo de Lebar).

El Instituto Superior Pedagógico Diego Thompson también se había opuesto al establecimiento del grifo de Lebar, siguiendo recomendaciones que le habría planteado la AGESP, en la medida que se encontraba ubicado en la avenida Nicolás de Arriola, justo al frente de este grifo.

Adicionalmente a lo anterior, la Dirección de Fiscalización de Hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas dejó sin efecto la autorización de instalación del grifo de Lebar, al considerar que no había cumplido con iniciar las obras correspondientes dentro del plazo de 90 días de conformidad con lo establecido en el art. 17 del Reglamento para la Comercialización de Combustibles Líquidos derivados de Hidrocarburos.

Dado lo anterior, Lebar denunció a Acosa y a la AGESP por haber “... *concertado entre sí, así como con distintas empresas y entidades, diversas acciones con el aparente propósito de impedir el desarrollo*” de su proyecto; señalando además que los denunciados habían incurrido en una concertación “... *de condiciones de comercialización y de reparto del mercado, toda vez que tales hechos están dirigidos a impedir el funcionamiento de nuestra empresa de modo que no represente competencia para otros grifos vinculados a la AGESP y, principalmente, al de Acosa, situado a poca distancia del nuestro*”.

La Comisión consideró que “... *el abuso de procedimientos gubernamentales (administrativos o judiciales) puede ser considerado como una práctica prohibida susceptible de ser comprendida dentro de la legislación que sanciona las prácticas restrictivas de la libre competencia*”. Sin embargo, luego de la investigación correspondiente, la Comisión concluyó que no se habían identificado pruebas que permitieran demostrar indubitavelmente que Acosa o la AGESP habían utilizados los “... *procedimientos gubernamentales con el único propósito de suprimir la competencia, impidiendo el acceso al mercado de LEBAR; tampoco se han ofrecido o*

actuado pruebas que permitan demostrar que uno u otro hayan recurrido a medios ilegales para influenciar la acción de las autoridades gubernamentales encargadas de resolver los procedimientos”.

En su evaluación, la Comisión descartó que el documento denominado “Ayuda Memoria” que presentó Lebar fuera prueba suficiente de la conducta denunciada. En este documento se hacía una reseña de las acciones adoptadas por la AGESP y el Instituto Superior Pedagógico Diego Thompson, recomendándose el inicio de diversas acciones por cada uno de ellos. Corresponde mencionar que este documento era una copia del original y que el original aparentemente estaba impreso en papel membretado de Acosa, aunque carecía de fecha y firma así como de indicación de quien era su autor.

Al respecto, la Comisión consideró que no se había probado que la redacción de tal documento fuera imputable al personal de Acosa, siendo además que ésta había negado reiteradamente durante el procedimiento haber participado en su redacción y la AGESP también había negado haberlo recibido. Incluso consideró que aun si se pudiera atribuir la redacción de tal documento a Acosa, por sí solo no probaría la participación -directa o indirecta- de ésta empresa en los actos a que hace referencia en el documento. Más aún, no había evidencia de que Acosa hubiera determinado la decisión de la Junta Directiva de la AGESP para que adopte las acciones que ésta llevó a cabo frente al grifo de Lebar.

Adicionalmente, la Comisión consideró que si bien la Dirección General de Hidrocarburos excedió el ámbito de sus competencias al pronunciarse sobre aspectos que no habían sido objeto de cuestionamiento alguno dentro del procedimiento administrativo (determinar si el grifo estaba ubicado en la vía pública) y al calificar como inválida la documentación presentada por Lebar para acreditar la fecha de inicio de las obras, no se había aportado pruebas de que Acosa o la AGESP impulsaran la decisión de la Dirección de Fiscalización de Hidrocarburos de dejar sin efecto la autorización de instalación del grifo de Lebar.

En función de todo lo anterior, la Comisión declaró infundada la denuncia, al considerar que no se había acreditado suficientemente la utilización indebida de procedimientos gubernamentales como práctica restrictiva de la libre competencia⁷⁹.

79 Resolución N°057-96-INDECOPI/CLC, del 08 de abril de 1995.

b. Asociación Peruana de Operadores Portuarios (APOPOP) y otros contra Pilot Station S.A. (Pilot) (2007)

El servicio de practica se ofrece como apoyo al capitán de una nave o barco en maniobras, cumpliendo con las reglamentaciones náuticas durante la realización de operaciones de atraque, desatraque, cambio de sitio, maniobras de giro, entre otras, cuando una nave hace uso de un puerto. Dadas las características de este servicio, según la regulación peruana, su prestación es obligatoria para todas las naves que ingresan a los principales puertos del país. En el Perú este servicio se brinda en condiciones de libre competencia.

El práctico marítimo es el profesional que brinda este servicio, para lo cual debe abordar la nave y apoyar en la operación que se va a realizar. Por ejemplo, si va a atracar en uno de los puertos del país, el práctico sale a alta mar hasta llegar a la nave que se encuentra fuera del puerto, la aborda y una vez dentro de ella da las instrucciones que correspondan para que la nave pueda ingresar y ubicarse en las instalaciones del terminal portuario, en condiciones adecuadas y seguras.

Gráfico N°19
Agentes que intervienen en la prestación de servicios portuarios



Fuente: Resolución N°0407-2007/TDC-INDECOPI



Para tener la condición de práctico debe seguirse determinados estudios y contar con cierto grado de experiencia específica sobre las particulares condiciones geográficas, climáticas y de ubicación del puerto en que se brinda el servicio de practicaaje. Adicionalmente, se requiere una licencia (capitanes de travesía licenciados) otorgada por la autoridad competente, la Dirección General de Capitanías y Guardacostas del Perú (DICAPI). En función de ello, el número de prácticos es reducido para cada puerto, sin que exista posibilidad de sustitución entre prácticos que brindan servicios en distintos puertos del país, por las específicas características de cada uno de éstos.

Adicionalmente, en el Perú, el servicio de practicaaje se brindaba a través de empresas especialmente constituidas para la prestación de este servicio, denominadas empresas administradoras de prácticos.

Pilot es una empresa administradora de prácticos con licencia para brindar servicios en el Terminal Portuario del Callao desde diciembre del 2000. En el año 2001, diversos prácticos marítimos que trabajaban en Pilot renunciaron voluntariamente a la empresa, pasando a integrar otras empresas administradoras de prácticos. Cabe indicar que los contratos suscritos por los referidos prácticos con Pilot contenían una cláusula de exclusividad y eran por plazo determinado, con lo cual, en principio, la renuncia a Pilot no bastaba para dar por terminada la relación contractual existente.

Posteriormente a las renunciaciones, Pilot inició una serie de procedimientos judiciales y administrativos contra los prácticos que habían renunciado, varias de ellas relativas al incumplimiento del contrato, como se indica en el siguiente (Ver Cuadro N°9):

Cuadro N°9
Procedimientos judiciales y administrativos que realizó Pilot contra los prácticos que habían renunciado

| Práctico | Proceso | Autoridad competente | Resultado |
|----------------|---|---|--------------|
| Señor Chávez | Acción de amparo | Tercer Juzgado Civil del Callao | Improcedente |
| | Acción de amparo | Primer Juzgado Corporativo de Derecho Público de Lima | En trámite |
| | Denuncia por fraude | Tercer Juzgado Penal del Callao | En trámite |
| Señor Petrozzi | Acción de amparo | Primer Juzgado Corporativo de Derecho Público de Lima | No ha lugar |
| | Denuncia por fraude | Tercer Juzgado Penal del Callao | Infundado |
| Señor Lavado | Denuncia por fraude | Noveno Juzgado Penal del Callao | Infundado |
| | Denuncia por incumplimiento de obligaciones | DICAPI | Infundado |

Fuente: Resolución 0407-2007/TDC-INDECOPI

Adicionalmente, también inició las siguientes acciones contra el señor Boggiano:

- Proceso penal por presunto delito contra la fe pública en la modalidad de falsificación de documento ante el Noveno Juzgado Penal del Callao, contra el práctico Boggiano Morales.
- Denuncia administrativa por presunta falsificación de documento ante DICAPI, contra el práctico Boggiano Morales.

Debido a todas las acciones legales iniciadas, la APOP y los prácticos procesados denunciaron ante Indecopi que Pilot estaba utilizando indebidamente procedimientos administrativos y procesos judiciales para incrementar las barreras legales de entrada al mercado de servicios de practicaaje en el puerto del Callao, con la finalidad de impedir que los prácticos marítimos que no laboraban para dicha empresa pudieran ejercer libremente su actividad profesional para otras empresas de servicios de practicaaje, excluyéndolos así del mercado y/o elevando sus costos de concurrencia.

Pilot negó la conducta denunciada señalando que una práctica predatoria de esa naturaleza se presenta cuando el objetivo del infractor es impedir o retrasar el ingreso de sus competidores en el mercado. En ese sentido, dicho supuesto no se habría presentado en este caso ya que los procesos judiciales y procedimientos administrativos se iniciaron contra los prácticos que renunciaron a Pilot por inconductas respecto de esta empresa y no contra otras empresas administradoras de prácticos marítimos. Asimismo, Pilot manifestó que las acciones seguidas contra los prácticos no tuvieron por objetivo entorpecer las actividades de los competidores, sino que se trataron de acciones efectuadas para velar por el cumplimiento de un compromiso asumido por los prácticos disidentes (plazo contractual y exclusividad).

La Comisión declaró fundada la denuncia contra Pilot, ordenándole que se abstenga de implementar conductas contrarias a la libre competencia dirigidas a castigar a prácticos que dejaban la empresa y/o a impedir el acceso a nuevos prácticos al mercado. Además, impuso un total de 81,2 UIT entre todos los infractores incluyendo a Pilot, sus directores, su director-gerente general, y gerentes⁸⁰.

Para tales efectos, la Comisión consideró que si bien las acciones legales iniciadas

“... tuvieron como finalidad impedir que los prácticos que renunciaron a Pilot Station continúen realizando sus actividades de practicaaje (...) ello en realidad tuvo como único propósito causar un perjuicio a las empresas administradoras de prácticos competidoras, recortándoles la posibilidad de proveerse del insumo más importante para competir en el mercado, esto es, los prácticos marítimos objeto de las acciones legales”.

80 Resolución N°037-2005-INDECOPI/CLC, del 04 de agosto del 2005.

Con ello quedaba demostrado que la utilización de esas acciones legales *“sí afectaba a los competidores directos de la empresa denunciada, en tanto significaba un retraso u obstaculización para su acceso al mercado, consolidando a su vez la posición de dominio de Pilot Station por medios distintos a la eficiencia económica”*.

Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión buscó diferenciar el uso correcto y legítimo del derecho de acción de la práctica anticompetitiva implementada dando uso indebido a las acciones legales, considerando para tal distinción, por ejemplo, el sentido en que fueron resueltas las acciones iniciadas por Pilot. En particular, se señaló lo siguiente:

“Esta Comisión reconoce el derecho legítimo de toda persona a solicitar tutela jurisdiccional y a ejercer su derecho de petición administrativa ante los órganos correspondientes; sin embargo, si los procesos judiciales y los procedimientos administrativos interpuestos por la empresa denunciada son desestimados (en su mayoría) por las autoridades competentes, la Comisión en el ámbito de sus competencias puede evaluar y eventualmente concluir de manera objetiva la intención anticompetitiva de una empresa que utiliza innecesariamente dichos mecanismos legales con el único objetivo de obstaculizar el acceso o permanencia en el mercado de competidores potenciales o reales, y no ejercer de manera regular su derecho de acción”.

En función del criterio antes expuesto, la Comisión concluyó que *“En el presente caso, del análisis de los procesos y procedimientos precedentemente señalados se puede inferir que la intención de Pilot Station fue restringir el acceso de otras empresas competidoras a los servicios de los prácticos que fueron objeto de los procesos judiciales y administrativos”*.

En apelación, el Tribunal confirmó la decisión de primera instancia, incluyendo las sanciones impuestas⁸¹. El Tribunal coincidió con la Comisión al señalar que el sentido en que fueron resueltas las acciones iniciadas por Pilot permitía deducir la intención anticompetitiva de esta empresa:

“Del expediente se observa que las autoridades a cargo de pronunciarse sobre los procesos entablados por Pilot desestimaron las denuncias y demandas formuladas declarándolas improcedentes en algunos casos por falta de competencia o infundadas al no haberse configurado la infracción denunciada. De ello se desprende que la finalidad de Pilot al iniciar acciones contra los prácticos renunciantes era impedir que estos continuaran prestando servicios de practicaje a través de las empresas competidoras”.

Adicionalmente, el Tribunal planteó que el número de acciones iniciadas y el petitorio de las mismas también era una aspecto relevante para el análisis del carácter ilícito del uso de tales acciones legales: *“(…) el número de acciones interpuestas por Pilot contra cada práctico*

81 Resolución N°0407-2007/TDC-INDECOPI, del 22 de marzo del 2007.

renunciante, así como el petitorio en cada uno de los procesos iniciados, evidencia la intención de Pilot de impedir que los prácticos renunciantes puedan ejercer sus servicios a través de empresas competidoras”.

Finalmente, el Tribunal también hizo énfasis en la reducida posibilidad que tenían las empresas competidoras de Pilot de conseguir alternativas para los servicios de los prácticos habilitados para operar en el puerto del Callao y que habían dejado de prestar servicios con Pilot, con lo cual la estrategia desplegada a través del uso de las acciones legales tenía un impacto mayor sobre la competencia:

“Dicha situación, en la práctica, implicó una restricción a la competencia atendiendo a que las operaciones de las empresas administradoras de prácticos dependen de su disponibilidad de profesionales para efectuar las maniobras dentro el puerto y teniendo en consideración además que los prácticos marítimos renunciantes se constituyeron como la única oferta disponible para cubrir los requerimientos de las administradoras competidoras en el período de investigación”.

c. Asociación de Operadores de Ferrocarriles del Perú (APOFER) contra Ferrocarril Transandino S.A. (FETRANS), Perurail S.A. (Perurail), Peruval Corp. S.A. (Peruval), y Peruvian Trains & Railways S.A. (PTR) (2011)

FETRANS es la empresa concesionaria de la infraestructura del Ferrocarril del Sur y del Sur-Oriente, que incluye la ruta Cusco-Machu Picchu. Perurail es la empresa constituida por FETRANS, de acuerdo con lo previsto en su contrato de concesión, para brindar el servicio de transporte de pasajeros y carga en las vías férreas concesionadas. Peruval y PTR son empresas vinculadas a FETRANS y Perurail, por tener accionistas o directivos y funcionarios comunes.

FETRANS, Perurail, Peruval y PTR interpusieron diversas acciones judiciales e iniciaron numerosos procedimientos administrativos relacionados con diversos temas que eran de interés para una o más de ellas, con alguno de los siguientes objetivos:

- Cuestionar en la vía contencioso administrativa la Resolución N°1122-2007-TDC-INDECOPI, mediante la cual se declaró que FETRANS había incurrido en abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato y se le ordenó el cese de la negativa a alquilar a FERSIMSAC el material tractivo y rodante que le había sido otorgado como parte de la concesión de la infraestructura férrea, así como se le impuso el deber de no discriminación para que dicha empresa brinde servicios en las rutas administradas por FETRANS, entre ellas la ruta Cusco-Machu Picchu.
- Pedir la inaplicación del Decreto Supremo N°031-2007-MTC, que modificó el

Reglamento Nacional de Ferrocarriles, reduciendo los requisitos legales para que las empresas obtengan permisos de operación de servicios de transporte ferroviario.

- Pedir la modificación del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Centro suscrito entre Ferrovías Central Andina S.A. y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, con el objeto de que se mantenga la obligación de la empresa concesionaria de no operar en el Ferrocarril del Sur y del Sur-Oriente, vías concesionadas a FETRANS y donde operaba Perurail.
- Oponerse a las solicitudes de permiso de operación de transporte ferroviario en el Ferrocarril del Sur-Oriente presentadas por Andean Railways Corp., Wyoming Railways S.A. e Inca Rail S.A.C.
- La adopción de acciones legales que dilatarían el proceso de modificación del Reglamento de Acceso a las vías férreas administradas por FETRANS.

El cuestionamiento en este caso fue que las empresas denunciadas habían hecho uso abusivo de las diversas acciones legales iniciadas, con la finalidad de obstaculizar o impedir la competencia de empresas de transporte ferroviario en la ruta Ollantaytambo-Machu Picchu-Hidroeléctrica del Ferrocarril del Sur-Oriente (FSO). Se planteó que las denunciadas formaban parte de un mismo grupo económico, y que utilizaron el derecho de acción y petición con fines exclusivamente predatorios, al haber iniciado una serie de procesos judiciales y procedimientos administrativos dirigidos a impedir o dilatar el acceso de empresas operadoras competidoras al mercado de servicios de transporte ferroviario de pasajeros en el FSO, propiciando que Perurail mantenga su posición de operador dominante en dichas rutas. De esta manera, habrían incurrido en una práctica de abuso de posición de dominio por abuso de procesos legales y administrativos.

Las empresas denunciadas negaron haber incurrido en la conducta denunciada. Así, Perurail y FETRANS sostuvieron que entre las denunciadas no existía un grupo económico. También señalaron que las pretensiones y peticiones planteadas en las acciones legales cuestionadas por APOFER tenían pleno fundamento y se encontraban dirigidas a defender, de manera legítima, el modelo de negocio que le fue reconocido a ambas empresas por el Estado cuando se otorgó a FETRANS la concesión para la administración del FSO y la respectiva prestación de servicios de transporte ferroviario a través de una empresa vinculada.

Peruval afirmó que su condición de accionista de FETRANS y Perurail no determinaba su participación en una estrategia predatoria procesal conjunta, más aún cuando sólo había interpuesto una acción judicial en relación a los hechos materia del caso. Asimismo, Peruval señaló que no participaba como agente económico dentro del mercado relevante planteado por APOFER, por lo que mal podría haber incurrido en un acto de abuso de posición de dominio y, además, ni siquiera se había evaluado si la única acción interpuesta por Peruval tenía o no fundamentos legales legítimos.

Finalmente, PTR afirmó que la vinculación societaria entre las empresas denunciadas resultaba inadecuada para atribuirle responsabilidad y, al igual que Peruval, señaló que tampoco participaba del mercado relevante, por lo que no podía haber incurrido en actos de abuso de posición de dominio.

La Comisión consideró que el

“(...) análisis retrospectivo e individual de cada acción legal resulta inadecuado para determinar si los derechos de acción o petición han sido ejercidos en la persecución de otros fines ilícitos, como el de la afectación de la libre competencia. Por ello, la Comisión opta por un parámetro prospectivo que repara en las motivaciones que subyacen a un conjunto o un patrón de acciones legales”.

En este sentido, afirmó que en vez de preguntar si existe una causa probable en cada acción legal iniciada, hay que preguntar si se puede considerar razonablemente que dichas acciones responden al interés de tutelar el derecho del accionante o hay un fin ulterior o colateral de afectar la competencia.

Según el análisis de la Comisión, en estos casos es necesario evaluar *“(...) cuál es la motivación real de los accionantes”, por lo que señaló que se debe definir “... si es que existe detrás de los procesos legales incoados un verdadero provecho económico que justifique incurrir en los costos de la litigación”.* Asimismo, se debe tener en cuenta que *“... el número de acciones legales interpuestas también puede ser un elemento esclarecedor respecto de las motivaciones del litigante”;* al igual que *“... la oportunidad en la que se inician las acciones legales, los sujetos contra los que se dirigen y los efectos que puede tener en la competencia”,* pues ello permite verificar la intención anticompetitiva. Finalmente, la Comisión planteó que *“... El resultado de los procesos no es determinante para definir si los derechos de acción o petición de un agente económico han sido utilizados legítimamente”.*

En función de las ideas previas, la Comisión consideró que las acciones legales iniciadas por las denunciadas, consideradas en conjunto, no constituían un ejercicio válido de los derechos de acción y de petición legalmente reconocidos, sino que más bien configuraban una estrategia de abuso de procesos legales con el objeto de restringir, desincentivar o dilatar el ingreso de competidores al mercado de transporte ferroviario en el FSO. Para ello señaló que no era necesario determinar la existencia de un grupo económico entre las empresas denunciadas, si no que bastaban distintos elementos que puedan evidenciar la existencia de un interés común y compartido entre ellas; es decir, las actuaciones materiales de dichas empresas en relación con los hechos objeto de investigación y las relaciones de propiedad y gestión existentes entre ellas, situación esta última que encontró en el caso analizado.

Como resultado de su análisis, la Comisión declaró fundada la denuncia y ordenó a las denunciadas el cese del abuso de posición de dominio a través de una estrategia de abuso de procesos legales. Adicionalmente, las sancionó con una multa total de 657,5 UIT⁸².

En la apelación, el Tribunal decidió tomar un camino distinto al planteado por la Comisión y, en vez de ocuparse en identificar la intención de las denunciadas al iniciar las acciones legales, decidió evaluar cada uno de los procesos y procedimientos cuestionados, concluyendo que las denunciadas contaban con un fundamento objetivo o causa probable que respaldaba el ejercicio regular de los derechos de petición y acción. Al respecto, el Tribunal señaló que *"... ante la imputación de un abuso predatorio de procesos legales resulta primordial analizar si existe un fundamento objetivo, esto es, una expectativa razonable de triunfo que sustente la pretensión o las pretensiones del solicitante"*.

El Tribunal destacó como elementos para determinar el carácter abusivo del inicio de acciones legales identificar: *"... la ausencia de fundamento objetivo frente a una pluralidad de pretensiones o peticiones deducidas, lo cual debe ser evaluado de manera prospectiva, esto es, en atención a la expectativa razonable de éxito que éstas tenían al momento de iniciados los procesos legales"*.

Por ello, consideró que los factores evaluados por la Comisión no eran idóneos para revelar de modo concluyente una intención anticompetitiva. Por ejemplo, no aceptó que evidencie una intención anticompetitiva el hecho que un litigante trate de satisfacer el mismo interés mediante el inicio de varios procesos o procedimientos, pues *"... aumentar el espectro de posibilidades de lograr un resultado favorable es una decisión legítima que se enmarca dentro de la estrategia procesal que adopte cada sujeto de derecho"*. De igual modo, el Tribunal también descartó que la ponderación de los costos económicos que irroga un proceso frente al provecho económico esperado (costo del proceso frente a beneficios que se desprenden de un eventual resultado favorable), fuera un indicador adecuado de la motivación anticompetitiva, pues tal ponderación no sólo es de muy difícil medición sino que abre paso a decisiones arbitrarias de la autoridad.

Más bien, el Tribunal consideró que si las acciones iniciadas por las denunciadas tenían fundamento objetivo, debía descartarse su calificación como parte de una estrategia de uso abusivo de procesos legales destinada a impedir y afectar la competencia en el mercado del servicio de transporte en el FSO. Por ello, estudió cada una de las acciones legales iniciadas y concluyó que contaban con un fundamento objetivo. Por ejemplo, consideró que FETRANS podía tener una expectativa razonable de lograr, a través de la acción contencioso administrativa, que el Poder Judicial emita una sentencia revocatoria de la decisión del Indecopi que declaró que había incurrido en abuso de posición de

82 Resolución N°026-2010-INDECOPI/CLC, del 03 de mayo del 2010.

dominio en la modalidad de negativa injustificada de arrendar el material tractivo y rodante a FERSIMSAC. El Tribunal entendió que si bien dicha acción contencioso administrativa podía retrasar la posibilidad de competencia en la prestación de servicios de transporte ferroviario en el FSO, este efecto era admisible dado que las denunciadas tenían un fundamento objetivo para proceder por la vía contencioso administrativa.

En consecuencia, el Tribunal revocó la decisión emitida por la primera instancia y declaró infundada la denuncia⁸³.

3.1.4. Conductas de Efecto Explotativo⁸⁴

La aproximación del Indecopi a los actos de abuso de posición de dominio de efecto explotativo ha ido variando en el tiempo, llegando a presentar posiciones diametralmente opuestas en función de las distintas interpretaciones que se hacía del Decreto Legislativo N°701. Sin embargo, la nueva ley sobre la materia, el Decreto Legislativo N°1034, ha terminado por cerrar el debate y dejar aquellas conductas fuera del ámbito de la norma, luego de un amplio despliegue de argumentos jurídicos y económicos.

A continuación se explica brevemente la evolución de la jurisprudencia en materia de conductas explotativas, mostrando las marchas y contramarchas que se han registrado en esta materia, hasta llegar a la posición actual. Si bien la mayor parte de la discusión se ha centrado en conductas relacionadas con la fijación de precios excesivos (o abusivos como también se les denomina), se describirán también otros casos para mostrar que las conductas explotativas pueden reflejarse en otras modalidades de abuso de posición de dominio así como para identificar la posición adoptada por el Indecopi sobre el particular.

83 Resolución N°1351-2011/SC1-INDECOPI, del 27 de agosto del 2011.

84 Sobre las modalidades de abuso de posición de dominio explotativo puede verse: ADRIANZEN, Luis Carlos. (2007). "El Control de Precios Excesivos en el Derecho de la Competencia Europeo y su Aplicabilidad en el Perú". En: *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*. N°5. Lima, Indecopi, pp. 5-63. BULLARD, Alfredo. (2003b). Op. Cit., pp. 129-158. DIEZ CANSECO, Luis y PASQUEL, Enrique. (2004b). "Precios Abusivos: Una Mirada a la Luz del Derecho Comparado". En: *Advocatus*. N°10. Lima, pp. 355-364. DIEZ CANSECO, Luis y PASQUEL, Enrique. (2004a). "El Excesivo Precio de una Decisión Impredecible. A Propósito del Caso de las AFP". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N°71. Lima, Editorial El Búho. FALLA, Alejandro y DRAGO, Mario. (2012). Op. Cit., pp. 158-182. HOLZ, Johanna y SAMANIEGO, Percy. (2007). "A veces sí, a veces no. Análisis de Prácticas Explotativas: Comentario al Reciente Precedente de la Comisión de Libre Competencia". En: *Actualidad Jurídica*. N°168. Lima, Gaceta Jurídica, pp. 288-291. MARTÍNEZ, Martha y QUINTANA, Eduardo. (2007). "La Necesidad de Tomar Nuevos Rumbos en la Aplicación de Políticas de Competencia en el Perú: a Propósito de las Prácticas Anticompetitivas de Precios". En: *Derecho & Sociedad*. N°28. Lima, Editora y Comercializadora Cartolan, pp. 116-136. ROJAS, Juan Francisco. (2005). "La Defensa de la Competencia en una Nueva Dimensión". En: *Coyuntura*. N°4. Lima, CISEPA, pp. 16-22.



Cuadro N°10
Evolución de la jurisprudencia en materia de conductas explotativas

| | |
|--------------|---|
| HITOS | 1993 - Fondo de Fomento para la Ganadería Lechera del Sur (Fongal Sur) contra de Gloria S.A. |
| | 1998 - Empresa Editora El Comercio S.A. contra Aero Continente S.A. |
| | 1995 - Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC) contra la empresa Los Portales S.A. y la Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial (CORPAC). |
| | 2004 - Central Unitaria de Trabajadores y el Congresista, señor Javier Diez Canseco, contra la Asociación de Administradoras de Fondos de Pensiones y cuatro AFP |
| | 2010 - Asociación de Ganaderos Lecheros del Perú (AGALEP) y el Fondo de Fomento para la Ganadería Lechera de la Cuenca de Lima contra Gloria S.A. |

La postura del Indecopi sobre los precios excesivos fue bastante clara durante la primera década de aplicación del Decreto Legislativo N°701. En efecto, los pronunciamientos emitidos fueron bastante explícitos en señalar que dicha conducta no se encontraba dentro del ámbito de aplicación de la ley y que no era función del Indecopi pronunciarse sobre el nivel de los precios en el mercado, siendo que éstos debían fijarse de acuerdo con las reglas de oferta y demanda. Al respecto baste citar los siguientes ejemplos.

Uno de los primeros casos que conoció el Indecopi en el año 1993 fue el correspondiente a la denuncia del Fondo de Fomento para la Ganadería Lechera del Sur (Fongal Sur) en contra de Gloria S.A. por abuso de posición de dominio. Fongal Sur afirmó que Gloria pagaba un precio excesivamente bajo por la leche entera cruda que compraba a los ganaderos que conformaban dicho Fongal, aprovechándose que era el único comprador relevante de la zona sur del país a quienes los ganaderos podían ofrecer su producto. Es decir, Fongal Sur acusó a Gloria de estar abusando de su situación como monopsonio en la compra de leche, pagando un precio que no permitía a los ganaderos obtener una rentabilidad adecuada por su producto y ni siquiera les permitía cubrir sus costos de producción. El pronunciamiento de la Comisión descartando que ese tipo de conductas constituyera infracción a la ley de competencia fue contundente:

“... con respecto a la parte de la denuncia (...) que señala que Gloria S.A. estaría abusando al imponer a sus proveedores un precio por debajo de sus costos de producción, es necesario tener presente que no es competencia de la Comisión, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto Legislativo N°701, establecer ni pronunciarse respecto a precios de venta o de compra, para cualquier producto o servicio, siendo que éstos deben fijarse conforme a la confluencia de la oferta y la demanda”⁸⁵.

85 Resolución N°003-93-INDECOPI/CLC, del 31 de agosto de 1993.

Años más tarde, en 1998, la Comisión ratificó la posición antes indicada, con ocasión de la denuncia presentada por la Empresa Editora El Comercio S.A. contra Aerocontinente S.A. En este caso, relacionado con el servicio de transporte aéreo ofrecido por la denunciada y que El Comercio utilizaba para enviar el diario desde Lima a diversas ciudades del interior del país, se denunció que Aero Continente había creado una nueva tarifa especial solamente para la carga correspondiente a diarios y revistas, que era 100% más elevada que la tarifa aplicable a toda la otra carga que tenía carácter perecible (como por ejemplo huevos fértiles o material enviado por servicio *courier*), resultando un precio excesivo que dicha empresa pretendía cobrar aprovechando su posición como proveedor único del servicio en determinadas rutas. Nuevamente, la Comisión fue explícita al negarse a emitir pronunciamiento sobre esta materia:

“Respecto del presunto abuso de posición de dominio por el establecimiento de un precio excesivo, de acuerdo al Decreto Legislativo N°701 y tal como se sostuvo en la Resolución N°003-93-INDECOPI/CLC, no corresponde a la Comisión de Libre Competencia establecer ni pronunciarse respecto al nivel de precios de venta o compra, de cualquier producto o servicio, siendo que ellos deben fijarse libremente en el mercado. Al respecto, es pertinente indicar que (...) medidas para prevenir el abuso de posición de dominio no pueden de ninguna manera ser convertidas en formas de control de precios, ya que ello resulta inconsistente con la promoción de la competencia”⁸⁶.

De este modo, la posición era notoriamente contraria a admitir denuncias por conductas explotativas relacionadas con el nivel de los precios que fijaban las empresas, considerando que los precios debían fijarse libremente en el mercado como producto de la confluencia de la oferta y demanda, de modo que las normas de libre competencia no se convirtieran en mecanismos de control de precios.

No obstante, cabe mencionar que la explícita posición que manifestaba el Indecopi en esta época frente a los precios excesivos no se extendía a otras modalidades de actos explotativos, como lo muestra el siguiente ejemplo.

En 1995 la Comisión declaró fundada la denuncia presentada por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC) contra la empresa Los Portales S.A. y la Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial (CORPAC). Una de las conductas denunciadas fue que Los Portales, como administradora de la playa de estacionamiento del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, había decidido cobrar por el servicio de estacionamiento dos horas o fracción, en vez de seguir el uso comercial de cobrar por una hora o fracción. De este modo, se acusaba a Los Portales como único proveedor del servicio de playa de

⁸⁶ Resolución N°004-98-INDECOPI/CLC, del 30 de septiembre de 1998.

estacionamiento en el referido aeropuerto, es decir, como empresa dominante, de cobrar por el uso de dos horas de estacionamiento en perjuicio de los consumidores que requerían ingresar con su vehículo al aeropuerto y parquearlo solamente por una hora o menos tiempo.

La Comisión calificó la conducta como un acto de abuso de posición de dominio en la modalidad de ventas atadas (condicionamiento del uso de una hora o fracción del servicio de playa de estacionamiento a la adquisición de una hora adicional del servicio) y sancionó a cada una de las denunciadas con una multa de 50 UIT⁸⁷.

En este caso, la conducta denunciada afectaba directamente a los usuarios del servicio de playa de estacionamiento del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, sin tener efecto restrictivo de la competencia alguno. Es decir, calificaba como un acto de abuso con efecto explotativo al igual que las conductas de precios excesivos antes comentadas; sin embargo, en este caso, la Comisión admitió la denuncia y se pronunció sobre ella dando la razón a la denunciante.

En el año 2004, la postura mantenida durante una década frente a los precios excesivos también sufrió una variación sustancial. Este drástico cambio de postura se presentó en un caso en que la Central Unitaria de Trabajadores y el Congresista, señor Javier Diez Canseco, denunciaron a la Asociación de Administradoras de Fondos de Pensiones y a las cuatro AFP que operaban en el mercado peruano, por abuso de posición de dominio al cobrar a sus afiliados un monto excesivo de comisiones por administración de cartera.

En la denuncia se planteó que el monto excesivo de las comisiones se encontraba tipificado y prohibido por el art. 5 literal f) del Decreto Legislativo N°701, como un acto de efecto equivalente a los actos de abuso de posición de dominio tipificados expresamente por la referida ley. La Comisión analizó los actos de abuso de posición de dominio tipificados expresamente en la ley y manifestó que todos ellos se referían a actos de efecto exclutorio, es decir, con efectos restrictivos de la competencia, por lo cual un acto de efectos explotativos como la fijación de precios excesivos no podía calificar como un acto de efecto equivalente. En tal sentido, concluyó que:

“La imposición de ‘precios abusivos’ no es una conducta que esté contenida en el literal f) del artículo 5 del Decreto Legislativo N°701, debido a que la misma carece del efecto exclutorio necesario para calificarla como una modalidad de abuso de posición de dominio con ‘efecto equivalente’ a aquellas modalidades explícitamente contenidas en los literales a), b) y c), por lo que la denuncia en dicho extremo debe ser declarada improcedente”⁸⁸.

87 Resolución N°057-95-INDECOPI/CLC, del 29 de diciembre de 1995. Cabe mencionar que esta decisión fue conformada por el Tribunal a través de la Resolución N°1003-96-INDECOPI/TRI, del 19 de junio de 1996.

88 Resolución N°054-2003-INDECOPI/CLC, del 10 de diciembre del 2003.

El Tribunal revocó la decisión de primera instancia y concluyó que el Indecopi sí era competente para investigar casos de precios excesivos y, además, que el Decreto Legislativo N°701 no sólo prohibía los actos de abuso de posición de dominio que tienen el efecto de excluir del mercado a los competidores, sino también aquellos que buscaban explotar directamente a los consumidores extrayéndoles parte o todo el excedente del consumidor.

El Tribunal afirmó que la figura típica de abuso explotativo se encontraba en los precios excesivos y que si bien tal conducta no estaba expresamente tipificada por la norma peruana, como sucede con la negativa injustificada a contratar o los contratos atados, tenía el mismo efecto de explotación que estas dos figuras, por lo cual se encontraba prohibida como una práctica de efecto equivalente. Asimismo, señaló que no existía diferencia práctica entre el análisis llevado a cabo para sancionar precios discriminatorios o una concertación de precios, y el que se requería para investigar un supuesto de precios excesivos, porque en todos estos casos se evaluaba los precios, no habiendo razón para considerar que el Indecopi no podía pronunciarse sobre la última figura. Finalmente, agregó que los precios excesivos también estaban prohibidos por otras legislaciones y que existía jurisprudencia extranjera en la que se había sancionado esta conducta⁸⁹.

Dada la nueva postura del Tribunal, en el año 2005, la Comisión trató de acotar el ámbito de los casos en que analizaría denuncias por precios excesivos. Así, la Comisión precisó que sólo consideraría que los precios excesivos podían tener un efecto perjudicial para el mercado si se cumplían las siguientes condiciones:

- a) Que el nivel de barreras a la entrada existentes sea muy significativo como para impedir la competencia potencial.
- b) Que la denunciada sea un monopolista, es decir, que tenga una cuota de mercado del 100%.
- c) Que no exista regulación económica o un organismo regulador autorizado para fijar los precios o tarifas. Sólo en este escenario la elección del consumidor se vería severamente restringida y las condiciones del mercado permitirían a la empresa en cuestión una apropiación significativa del excedente del consumidor⁹⁰.

89 Resolución N°0225-2004/TDC-INDECOPI.

90 Resolución N°005-2005-INDECOPI/CLC, del 02 de febrero del 2005. Decisión emitida en el procedimiento iniciado por denuncia de Representaciones Tecmimotors E.I.R.L. contra Luz del Sur S.A.A.

Sin embargo, en el 2007 la Comisión volvió a poner en tela de juicio la posibilidad de conocer denuncias por precios excesivos de conformidad con el Decreto Legislativo N°701. Este pronunciamiento se dio en el contexto de la denuncia presentada por la Asociación de Agencias de Turismo del Cusco en contra del Consorcio de Servicios de Transporte Turístico Machu Picchu (CONSETTUR), por abuso de posición de dominio en la modalidad de imposición de un precio excesivo y de trato discriminatorio (discriminación explotativa) en el servicio de transporte de pasajeros en la ruta Aguas Calientes-Puente Ruinas-Ciudadela Inca de Machu Picchu.

La Comisión reiteró que las conductas prohibidas por el Decreto Legislativo N°701 eran aquellas que excluyen competidores o impiden su acceso al mercado, es decir, las conductas de efecto exclusorio. En cuanto a los precios excesivos, manifestó que si bien el Tribunal había señalado que *“... la Comisión se encuentra facultada a declarar la existencia de una conducta que constituye abuso de posición de dominio en el mercado en la modalidad de precio excesivo”*, ello se oponía a lo dispuesto por el art. 4 del Decreto Legislativo N°757, que establece que *“... los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos”*, pues era contradictorio que el Indecopi sancionara a una empresa por cobrar un precio que a su criterio era demasiado caro, pero estuviera impedido de determinar el tope a partir del cual ese precio resultaba excesivo o cuál era el margen de ganancia permisible para dicha empresa.

En función de lo anterior, la Comisión concluyó que el Decreto Legislativo N°757 le impedía conocer casos sobre precios excesivos y, además, que sancionarlos como una modalidad de abuso de posición de dominio era un remedio ineficaz e impredecible, toda vez que el Indecopi no iba a poder definir cuál era el precio tope o el margen de ganancia razonable correspondiente, por carecer de las herramientas diseñadas para los organismos reguladores. Finalmente, la Comisión planteó que la protección de los consumidores a través de la aplicación de la norma de competencia se daba con la protección del proceso competitivo, debido a que éste redundaba en beneficio de los consumidores. Es decir, que la protección que brindan las normas de libre competencia a los consumidores se da de manera indirecta a través de su incidencia en el debido funcionamiento del proceso competitivo⁹¹.

Contrariamente a lo expuesto en el 2004, en esta oportunidad el Tribunal (conformado por nuevos vocales) confirmó la decisión de primera instancia, señalando que la Constitución Peruana vigente impide a la autoridad de defensa de la competencia conocer casos de precios excesivos o de discriminación explotativa, con lo cual el debate quedó cerrado en esta materia⁹².

91 Resolución N°052-2007-INDECOPI/CLC, del 14 de septiembre del 2007.

92 Resolución N°0027-2008-SC1/INDECOPI, del 16 de octubre del 2008.

La ley vigente, el Decreto Legislativo N°1034, define de modo explícito que los únicos actos de abuso de posición de dominio prohibidos por la ley son los de efecto excluyente, dejando atrás el debate suscitado en la aplicación del Decreto Legislativo N°701 sobre la posibilidad de sancionar ningún acto de efecto explotativo.

La aproximación actual sobre conductas explotativas con la nueva ley, se muestra en el caso de la denuncia de la Asociación de Ganaderos Lecheros del Perú (AGALEP) y el Fondo de Fomento para la Ganadería Lechera de la Cuenca de Lima contra Gloria S.A. (2010). AGALEP y el Fondo denunciaron a Gloria por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de precios abusivos, discriminación de precios y manipulación del sistema de análisis de calidad de la leche, señalando que, como comprador con posición de dominio, Gloria establecía precios base y finales utilizando un esquema de incentivos a los productores de leche fresca de acuerdo a una serie de criterios establecidos por ella misma (calidad de la leche, la ubicación del ganadero, entre otros), lo que le permitía obtener mayores beneficios económicos en la venta de sus productos. Según las denunciantes, las conductas de Gloria estaban destinadas a pagar un precio bajo a los productores de leche fresca, provocando la salida de dichos productores del mercado lácteo primario. El pago de un menor precio por el insumo le permitiría vender sus productos a precios menores que los de sus competidores, afectando la competencia en el mercado lácteo secundario.

En aplicación de las reglas sobre admisión a trámite de las denuncias, previstas en el Decreto Legislativo N°1034, la Secretaría Técnica de la Comisión evaluó la denuncia presentada y la declaró improcedente⁹³.

Para ello, consideró que las conductas denunciadas calificaban como actos de efecto explotativo, pues los denunciantes no habían presentado indicios de que existiera una relación de competencia entre Gloria y los productores de leche fresca supuestamente afectados en el mercado lácteo primario, por lo que las conductas denunciadas no podían ocasionar una mejora en la participación de Gloria en dicho mercado a costa de la salida de los productores de leche fresca.

Adicionalmente, la Secretaría consideró que, a diferencia de los actos excluyentes que generan un impacto directo en el proceso competitivo (al reducir los niveles de rivalidad) y un impacto indirecto sobre el bienestar de los consumidores (al reducir las opciones disponibles para los consumidores), las conductas explotativas no afectan el proceso competitivo sino que, incluso, podrían dinamizarlo, incentivando el ingreso de nuevos competidores atraídos por las ganancias del dominante. Asimismo, tuvo en cuenta que

93 Resolución N°005-2010/ST-CLC-INDECOPI, del 15 de abril del 2010.

“... la sanción de conductas explotativas sería contraria al régimen de economía social de mercado, establecido por el artículo 58 de la Constitución Política del Perú, a la prohibición de fijar precios administrativamente, contenida en el artículo 4 del Decreto Legislativo N°757, así como a la necesidad práctica de evitar las distorsiones que podría provocar la existencia de una agencia de competencia dedicada a determinar el nivel de los precios (o márgenes de ganancia) que resulta ‘aceptable’ en el mercado”.

De acuerdo con lo anterior, la Secretaría concluyó que *“... las conductas de abuso de posición de dominio prohibidas tanto por el Decreto Legislativo N°701 como por el Decreto Legislativo N°1034 son las conductas de efecto exclusorio, no siendo esta Secretaría Técnica ni la Comisión competentes para conocer las conductas de efecto explotativo”.*

En apelación, el Tribunal conformó la decisión de la Secretaría sobre la improcedencia de la denuncia⁹⁴. En esta resolución, se han consolidado de forma bastante completa los distintos argumentos que se habían venido utilizando durante la vigencia del Decreto Legislativo N°701 contra la sanción de actos de abuso explotativo y, más importante, se ha planteado la correcta interpretación del Decreto Legislativo N°1034 sobre esta materia.

En primer lugar, el Tribunal hace una distinción conceptual relevante al señalar que:

“A diferencia del abuso de posición de dominio exclusorio que afecta directamente la dinámica de la competencia pues impide o dificulta el acceso o permanencia de competidores del dominante al mercado, los abusos calificados como explotativos se centran en sancionar cuánto gana un agente económico dominante en perjuicio de los consumidores o proveedores”.

En lo que respecta a la aplicación del Decreto Legislativo N°701, señala que

“... reprimir prácticas explotativas tales como los precios ‘excesivos’ llevaría a la agencia de competencia a sancionar cuánto gana determinado agente económico y establecer un tope para dichas ganancias, lo cual implicaría indirectamente intervenir en la fijación de los precios, pese a que esta posibilidad se encuentra expresamente proscrita por el artículo 4 del Decreto Legislativo N°757”.

Siendo el Decreto Legislativo N°757 posterior al Decreto Legislativo N°701, queda descartada cualquier interpretación en el sentido de que éste pudiera haber permitido algo que la primera norma proscribía. Adicionalmente, el Tribunal reitera que todas las modalidades de abuso de posición de dominio tipificadas en el Decreto Legislativo N°701 tenían carácter exclusorio, por lo cual es incorrecto sostener que las conductas de efecto explotativo también

94 Resolución N°0708-2011/TDC-INDECOPI, del 16 de marzo del 2011.

estaban prohibidas por el literal f) del art. 5 como actos de efecto equivalente, pues no existe equivalencia alguna entre los efectos de ambos tipos de práctica.

En cuanto al Decreto Legislativo N°1034, el Tribunal señala que para la existencia de abuso de posición de dominio el numeral 10.1 de la ley requiere que la empresa dominante restrinja indebidamente la competencia, obteniendo beneficios y causando perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos. Asimismo, señala que el numeral 10.2 establece que los supuestos de abuso sólo podrán consistir en conductas de efecto exclusorio, que “... *son aquellas mediante las cuales se pretende excluir o impedir el ingreso de competidores al mercado afectándose con ello el proceso competitivo*”.

Como último argumento de peso, el Tribunal explica que el numeral 10.5 de la ley establece expresamente que no constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales. Sin lugar a dudas, esta disposición demuestra “*la exigencia del carácter exclusorio del abuso de posición de dominio*”, y descarta cualquier opción de sancionar conductas explotativas. Esto en la medida que

“... el establecimiento de precios por parte de una empresa dominante a un nivel que implique únicamente la maximización de sus beneficios -como es el caso de las denominadas ‘prácticas explotativas’ (por ejemplo, los precios ‘excesivos’)-, es una conducta que solo representa el ejercicio de dicha posición, pero que no se encuentra en el ámbito de aplicación de la ley, dado que no afecta el proceso competitivo al no estar dirigida a competidores actuales o potenciales”.

3.1.5 Impacto y Contribución del Indecopi

Como se observa de la selección de jurisprudencia que se ha descrito y comentado previamente, la experiencia del Indecopi en la investigación y sanción de actos de abuso de posición de dominio data del inicio de sus labores, es extensa y profunda, abarcando una importante variedad de prácticas y estrategias comerciales.

Se han investigado denuncias contra entidades de toda índole, como empresas privadas de diversos sectores económicos (distribución de electricidad, servicios financieros, servicios de transporte aerocomercial, producción de productos lácteos o cerveza, comercialización de hidrocarburos, etc.); empresas públicas (Electrocentro, Petroperú, CORPAC); organizaciones de intermediación (la Asociación de Productores del Mercado de Santa Anita, el Comité de Fabricantes de Cerveza de la SNI); y grupos económicos (caso contra FETRANS y otros).

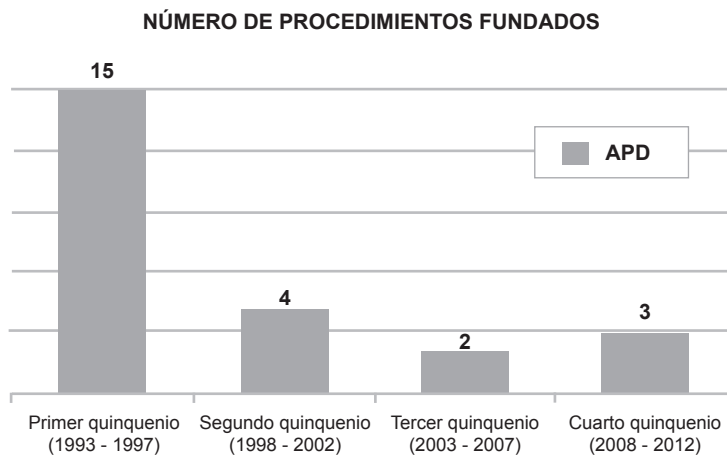
“La supervisión del cumplimiento de la prohibición de actos de abuso de posición de dominio por el Indecopi ha permitido un adecuado punto de equilibrio entre el libre ejercicio de derechos de las empresas dominantes, propio de una economía social de mercado, y la protección del proceso competitivo para el bienestar de los consumidores”.

En efecto, la prohibición de actos de abuso de posición de dominio es una manifestación del poder regulatorio de un Estado preocupado por controlar el comportamiento de los agentes económicos con poder sustancial de mercado, con miras a asegurar que la competencia pueda desenvolverse procurando el mayor bienestar de los consumidores. A través de la prohibición de actos de abuso se establecen límites apropiados al libre ejercicio de derechos de libre empresa, creándose condiciones especiales para que aquellos agentes económicos ejerzan diversos derechos en el mercado. Así, por ejemplo, se ponen límites al derecho de contratar, exigiéndoles una justificación para las negativas de trato; al derecho a definir sus estrategias y políticas comerciales, exigiéndoles razones objetivas para establecer tratamientos diferenciados; a los derechos de acción y petición, exigiéndoles un fundamento objetivo o una expectativa razonable de triunfo.

Consciente del amplio alcance de los límites que se imponen al ejercicio de derechos de los agentes económicos que cuentan con posición de dominio, el Indecopi ha sabido administrar mesuradamente el poder que se le ha atribuido. De un lado, ha buscado ser prolijo al definir la existencia de posición de dominio en el mercado, para no extender indebidamente las limitaciones que impone la prohibición de actos de abuso de posición de dominio a empresas o entidades que no cuentan con poder sustancial de mercado. De otro lado, ha sido cuidadoso al determinar que se ha cometido un acto de abuso considerando, razonable y equilibradamente las, razones y justificaciones planteadas por los agentes económicos investigados para sustentar su comportamiento en el mercado.

Este cuidadoso examen del Indecopi explica que el porcentaje de investigaciones por abuso de posición de dominio declaradas fundadas no sea muy elevado frente al número de procedimiento abiertos por esta materia, como se observa en el siguiente gráfico.

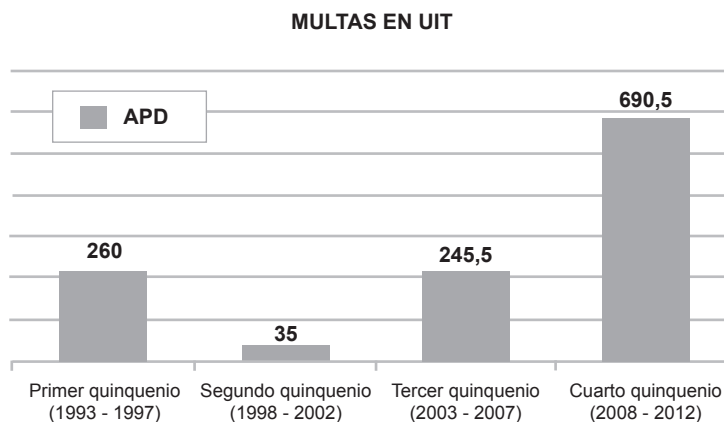
Gráfico N°20
Abuso de posición de dominio: procedimientos fundados (1993-2012)



Fuente: Secretaría Técnica

Las sanciones impuestas por el Indecopi en los casos declarados fundados se han aplicado tanto a empresas como a personas naturales (caso contra Pilot Station), y los montos calculados han respondido a la evaluación de los efectos negativos ocasionados sobre el mercado, siendo de resaltar que comparativamente dichas sanciones han sido bastante menores que las impuestas por otras conductas prohibidas, como por ejemplo acuerdos o prácticas concertadas entre competidores. En el siguiente cuadro se presentan las sanciones impuestas por actos de abuso de posición de dominio.

Gráfico N°21
Abuso de posición de dominio: multas impuestas (1993-2012)



Fuente: Secretaría Técnica

Otro aspecto de suma relevancia en términos de contribución de la práctica del Indecopien materia de supervisión de actos de abuso de posición de dominio es que, a través del cumplimiento de esta función, con el transcurrir de los años se han ido identificando nuevos tipos de comportamientos de agentes económicos dominantes que pueden perjudicar el proceso competitivo. Esto ha sido de gran utilidad para enriquecer el proceso de desarrollo normativo.

Al respecto, la mayoría de casos comentados en las secciones previas ha sido investigado y resuelto durante la vigencia del Decreto Legislativo N°701. Luego de aproximadamente 15 años se emprendió la tarea de elaborar una nueva ley en materia de libre competencia, dando lugar al Decreto Legislativo N°1034. Este proceso de desarrollo normativo se ha visto notoriamente enriquecido por la experiencia previa del Indecopi en la supervisión y sanción de actos de abuso de posición de dominio. En particular, dicha experiencia ha tenido una importancia de primer orden al momento de tipificar las conductas prohibidas.

Como ejemplos de lo señalado, baste mencionar que dentro de los actos de abuso tipificados en el Decreto Legislativo N°1034 se encuentra *“Obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación”*. Los orígenes de esta figura prohibida pueden rastrearse en los procedimientos seguidos contra la Asociación de Productores del Mercado de Santa Anita o contra Backus y otros. De igual modo, se ha tipificado también *“Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos*

judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia". Sin lugar a dudas, esta prohibición responde a la experiencia adquirida en los procedimientos seguidos contra Acosa y Pilot Station.

En complemento de lo anterior, la experiencia ganada por el Indecopi, incluyendo los cambios drásticos de postura que pueden haberse registrado en sus instancias de decisión, ha permitido dilucidar adecuadamente el ámbito de aplicación de la norma de libre competencia y la forma como ésta protege y contribuye a lograr el bienestar del consumidor. Prueba de ello es el amplio y detallado desarrollo jurisprudencial de argumentos a favor y en contra de la prohibición y sanción de actos de efecto explotativo a través de la norma de competencia. El conocimiento generado en vía jurisprudencial fue luego trasladado de forma apropiada al desarrollo normativo que dio origen al Decreto Legislativo N°1034. Efectivamente, esta norma prohíbe solamente los actos de efecto exclusorio, dejando de lado cualquier opción de interpretar que también incluya los actos de efecto explotativo. Esta línea de razonamiento ha sido confirmada de modo explícito, en sendos pronunciamientos de las instancias de decisión del Indecopi (procedimiento seguido por AGALEP contra Gloria).

Adicionalmente, la experiencia adquirida por el Indecopi también viene siendo utilizada para decantar los criterios de evaluación de las conductas prohibidas bajo la nueva ley y definir con mayor precisión las condiciones requeridas para calificar como abusivo el comportamiento de los agentes con posición de dominio. Un ejemplo de esto se ha dado con el abuso de acciones legales, figura para la que se han definido con acierto las condiciones requeridas para que el ejercicio de los derechos de acción y petición pueda ser considerado abusivo. Si bien dichas condiciones son exigentes -elevando el estándar de prueba requerido para que una denuncia en esta materia sea declarada fundada-, el celo demostrado por el Indecopi al definir las resulta aceptable, teniendo en cuenta lo delicado que resulta cuestionar el libre ejercicio de los referidos derechos.

Abuso de posición de dominio

Aportes del Indecopi

- La identificación de nuevos tipos de comportamientos de agentes económicos dominantes que pueden perjudicar el proceso competitivo, de gran utilidad para enriquecer el proceso de desarrollo normativo.
- Dilucidar adecuadamente el ámbito de aplicación de la norma de libre competencia respecto de los actos de abuso de posición de dominio y la forma en que ésta protege y contribuye a lograr el bienestar del consumidor, dejando de lado la posibilidad de sancionar actos de efecto explotativo.

En lo que respecta a los temas que mayor controversia han generado, se debe incluir, en primer lugar, a los actos de efecto explotativo. Las posiciones en esta materia han sido abiertamente opuestas. Quienes se encontraban a favor de que tales actos fueran sancionados a través de la norma de competencia, planteaban que conductas como la fijación de precios excesivos es la manifestación típica del abuso de empresas dominantes e interpretaban que el Indecopi debía intervenir para asegurar directamente los derechos del consumidor⁹⁵. Los que se oponían, esgrimían diversos argumentos no sólo legales sino también económicos y de políticas de competencia. Estos argumentos fueron recogidos en gran medida por la jurisprudencia posterior del Indecopi que negó la posibilidad de sancionar actos de abuso explotativo⁹⁶.

Otro tema que también ha generado un debate interesante es el de las facilidades esenciales y cómo la prohibición de negativas injustificadas de trato debe aplicarse en casos en que la empresa dominante controla una facilidad esencial. En este punto, las opiniones han sido coincidentes, aunque con distintos matices, en que debe evitarse hacer uso indiscriminado de ese concepto y calificar cualquier bien como esencial, pues con ello se podría terminar exigiendo a las empresas dominantes la obligación de colaborar con sus competidores⁹⁷.

Finalmente, también se ha generado discusión sobre la necesidad o no de que exista una relación de competencia entre la empresa dominante y el competidor afectado por la conducta denunciada como abusiva, para que se configure un acto de abuso de posición de dominio sancionable⁹⁸.

El último punto que amerita un comentario es que la práctica del Indecopi en materia de actos de abuso de posición de dominio ha tenido un carácter eminentemente reactivo, es decir, como consecuencia de denuncias de parte. Esto es comprensible, en la medida que los actos de abuso de posición de dominio afectan típicamente a otros agentes económicos que compiten en el mercado y que, por ende, tienen incentivos para defender sus intereses directamente y, con ello, permitir que el Indecopi cumpla su rol de protector del bienestar de los consumidores indirectamente, garantizando un sano proceso competitivo.

95 Ver al respecto ROJAS, Juan Francisco. (2005). Op. Cit., pp. 16-22.

96 Ver: BULLARD, Alfredo. (2003b), Op. Cit., pp. 129-158. DIEZ CANSECO, Luis y PASQUEL, Enrique. (2004b). Op. Cit., pp. 355-364. DIEZ CANSECO, Luis y PASQUEL, Enrique. (2004a). Op. Cit. HOLZ, Johanna y SAMANIEGO, Percy. (2007). Op. Cit., pp. 288-291. MARTÍNEZ, Martha y QUINTANA, Eduardo. (2007). Op. Cit., pp. 116-136.

97 Al respecto puede revisarse: DIEZ CANSECO, Luis. (2012). Op. Cit., pp. 65-93. FALLA, Alejandro. (2004). Op. Cit., pp. 69-76. HARO, José Juan. (2005). Op. Cit., pp. 151-167. KRESALJA, BALDO y QUINTANA, Eduardo. (2005). Op. Cit., pp. 59-89.

98 Sobre este tema puede verse: FALLA, Alejandro. (2004). Op. Cit., pp. 69-76. HARO, José Juan. (2005). Op. Cit., pp. 151-167. HIGA, César y CIGÜENAS, Francisco. (2011). Op. Cit., pp. 95-99. QUINTANA, Eduardo y VILLARÁN, Lucía. (2008). Op. Cit., pp. 317-326.

- Actos de efecto explotativo.
- Facilidades esenciales.
- Configuración de un acto de abuso de posición de dominio sancionable, con y sin relación de competencia.

Sin embargo, el Indecopi tiene las herramientas para identificar mercados o situaciones en los cuales la probabilidad de que los agentes económicos afectados por actos de abuso de posición de dominio planteen una denuncia es bastante reducida, ya sea por el temor a represalias, por elevados costos de transacción para que se pongan de acuerdo si fueran varios, etc. En estos casos, el perjuicio al bienestar del consumidor puede ser elevado, justificándose la intervención de la autoridad. De cumplirse ambas condiciones se justificaría la actuación de oficio del Indecopi, como ocurre en las investigaciones contra los carteles de competidores.

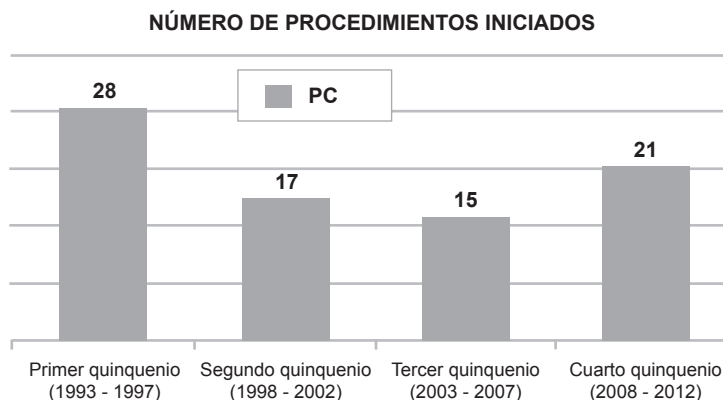
Lo anterior sería muy importante si se tienen en cuenta los niveles de mejora que pueden producirse en el desempeño de los mercados corrigiendo situaciones de abuso de posición de dominio, por ejemplo, en mercados alejados de las zonas urbanas o que afectan a la pequeña empresa.

3.2. Prácticas Colusorias Horizontales⁹⁹

La investigación de prácticas colusorias entre competidores es una de las áreas en que la labor del Indecopi tiene mayor impacto, tanto para el bienestar de los consumidores como para el desempeño eficiente del mercado.

Dada la relevancia de estos casos, la mayoría de investigaciones se han iniciado de oficio por la Comisión o, en la actualidad, por la Secretaría Técnica. Esto resulta de gran utilidad debido a que se trata de investigaciones que exigen una actividad probatoria muy intensa, como se verá más adelante en la descripción y análisis de casos. En el siguiente gráfico se muestra la evolución del número de procedimientos iniciados por prácticas colusorias horizontales (ver Gráfico N°22):

99 Sobre las prácticas colusorias horizontales puede verse: BOZA, Beatriz. (2005). "Case Study 1: Making Room for Competition Policy" y "Case Study 2: Knowing One's Own Strength". En: *Tailor-Made Competition Policy in a Standardizing World: The Experience of Peru*. Lima, Instituto Apoyo – Ciudadanos al Día. El capítulo "Cuando Concertar es Malo. Prácticas Restrictivas de la Competencia" en BULLARD, Alfredo. (2003a). *Derecho y Economía. El Análisis Económico de las Instituciones Legales*. Lima, Palestra Editores, pp. 747-814. También se pueden ver los capítulos "El Cartel de Precios en el Mercado Avícola", "La Concertación de las Primas del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT)", y "La Supuesta Concertación de Precios en las Licitaciones Convocadas por EsSalud para la Adquisición de Oxígeno Medicinal" en FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. (2012). *Experiencias de Política Antimonopólica en El Perú*. Lima, Universidad del Pacífico, pp. 41-86, 87-117, y 157-208, respectivamente. GAGLIUFFI, Ivo. (2003). "Derecho de la Competencia: ¿Cómo debe Evaluarse una Concertación de Precios según la Legislación Peruana". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N°60. Lima, Editorial El Búho. MARTÍNEZ, Martha y QUINTANA, Eduardo. (2007). Op. Cit., pp. 116-136. QUINTANA, Eduardo. (2011c). "Prácticas concertadas entre competidores y estándar de prueba requerido". En: *Revista de Derecho Administrativo*. N°10. Lima, Tarea Asociación Gráfica Educativa, pp. 15-45.

Gráfico N°22**Evolución del número de procedimientos iniciados por prácticas colusorias horizontales**

Fuente: Secretaría Técnica

A continuación se explica y analiza una selección de casos que permiten revisar la experiencia del Indecopi e identificar los criterios interpretativos y la evolución en el tratamiento de las principales modalidades de prácticas colusorias horizontales, particularmente las que involucran carteles de competidores. El nivel de desarrollo y explicación de los casos seleccionados varía según su relevancia y/o mayor actualidad.

3.2.1 Fijación de Precios¹⁰⁰

Los casos más emblemáticos del Indecopi en materia de prácticas colusorias horizontales son por carteles para fijar precios. La preocupación del Indecopi por investigar y sancionar este tipo de comportamientos ilícitos se ha manifestado desde el inicio de sus funciones. Por regla general, las investigaciones se han iniciado por impulso de la propia institución.

Los pronunciamientos del Indecopi en esta materia demuestran que los acuerdos o concertaciones entre competidores para fijar coordinadamente sus precios –y en general todas aquellas conductas que califican como carteles entre competidores– son calificadas automáticamente como ilícitas, una vez que se demuestra su existencia, e independientemente de sus efectos específicos en el mercado o de las eventuales razones que pudieran plantearse para justificarlas. En tal sentido, los pronunciamientos del Indecopi han utilizado la regla

¹⁰⁰ Los comentarios sobre temas conceptuales que se plantean a continuación son también aplicables, en lo que corresponda, para las prácticas colusorias de reparto de mercado que se evalúan en el siguiente subcapítulo.

de ilegalidad *per se* para analizar este tipo de infracciones y, en la actualidad, esta regla se encuentra recogida expresamente en el Decreto Legislativo N°1034 como la prohibición absoluta.

En efecto, las instancias de decisión del Indecopi han sido claras en señalar que la infracción se comete cuando las empresas se ponen de acuerdo para no competir por precios, y que los efectos negativos que esta conducta pueda ocasionar en el mercado no son un elemento requerido para que se configure la infracción, siendo evaluados únicamente al momento de calificar su gravedad y la sanción a imponer.

En los pronunciamientos se encontrarán plasmadas dos excepciones a esta regla de ilegalidad *per se* para los carteles. De un lado, se planteó la necesidad de evaluar si la práctica concertada causaba perjuicios al interés económico general pues, de no ocasionar tales efectos, la práctica debía considerarse lícita. De otro lado, se precisó la necesidad de considerar si los acuerdos entre competidores calificaban como accesorios o complementarios de otros acuerdos lícitos, caso en el cual dejaban de ser ilegales *per se*. Como se explicará, la primera excepción fue posteriormente descartada y, en la actualidad, no es admisible de conformidad con el Decreto Legislativo N°1034, mientras que la segunda mantiene su validez, e incluso ha sido recogida en la norma vigente.

De otro lado, los casos expuestos demuestran que usualmente resulta muy complicado probar la existencia de colusiones de competidores para la fijación de precios, salvo los casos en que la conducta ilícita está plasmada en un acuerdo o compromiso formalmente asumido por los infractores. Ello se debe a que los agentes económicos generalmente se cuidan mucho de no dejar rastros que las involucren en semejantes prácticas. Esto es particularmente cierto en los casos de concertaciones, en los que se debe recurrir a evidencia circunstancial para demostrar la infracción.

El análisis de estas prácticas ilícitas requiere estudiar el comportamiento coordinado de los competidores en el mercado, así como elaborar inferencias o presunciones a través de indicios que permitan concluir que dicho comportamiento es consecuencia de un acuerdo previo entre los participantes. El Indecopi ha luchado incansablemente, y debemos decir que con éxito, para que se reconozca la validez del uso de este tipo de prueba para sancionar los carteles de competidores.

En ausencia de prueba directa, las instancias de decisión del Indecopi siguen, por regla general, un método de evaluación para resolver las siguientes cuestiones:

- Si las condiciones del mercado facilitan un comportamiento concertado (dichas condiciones se denominan *plus factors*).
- Si se verifica un comportamiento igual o muy similar entre los competidores (tal



comportamiento se denomina paralelismo de conductas).

- Si existen indicios concurrentes que indican como hipótesis que ha existido un acuerdo o arreglo entre los competidores.
- Si éstos actuaron cumpliendo el arreglo.
- Si los contra indicios y/o explicaciones alternativas que hayan planteado los investigados debilitan o descartan la hipótesis de concertación (esta evaluación se denomina análisis contra fáctico).

Los indicios considerados por el Indecopi incluyen información de carácter oficial, remitida a las autoridades por las empresas investigadas, tales como documentación interna entre funcionarios de las empresas, correos electrónicos, anotaciones manuscritas, simples detalles o coincidencias, entre otros. La abundancia de indicios no es necesaria para que se concluya que existió la infracción. En determinados casos, las coincidencias notorias y reiteradas en el comportamiento de los agentes económicos, que no parecen tener una explicación razonable, pueden ser consideradas por el Indecopi como un indicio relevante y distinto al mero paralelismo de conductas, cuya evaluación conjunta ha permitido encontrar las referidas coincidencias. En estos casos, el Indecopi ha buscado que tales coincidencias sean completamente manifiestas y disipen toda duda sobre la existencia de la concertación.

Sin perjuicio de lo anterior, la evaluación de los contra indicios o explicaciones alternativas frente a la hipótesis de concertación, es reconocida como un aspecto de la mayor relevancia en la labor probatoria del Indecopi.

Cuadro N°11
Prácticas Colusorias Horizontales
Casos de fijación de precios

**CASOS DE
FIJACIÓN DE
PRECIOS**

- | |
|--|
| Investigación de oficio contra el Comité de Molinos de Trigo de la Sociedad Nacional de Industrias y 18 empresas productoras de harina de trigo (1996). |
| Investigación de oficio contra la Asociación Peruana de Avicultura (APA) y 21 empresas productoras de pollo, reproductoras e incubadoras (1997). |
| Miguel Ciccía Vásquez E.I.R.L. (CIVA) contra Empresa Turística Mariscal Cáceres S.A. - Mariscal Cáceres (1997). |
| Investigación de oficio contra la Asociación Peruana de Seguros (APESEG) y nueve compañías aseguradoras (2003). |
| Investigación de oficio contra la Central Regional de Transporte Público de Pasajeros, Zona Sierra-Ancash, sus representantes y diversas empresas transportistas (2010). |
| Investigación de oficio contra la Unión de Transportistas de Carga – Región Ancash, Zona Sierra - Unión, seis ex miembros de su Consejo Directivo, y 72 transportistas (2011). |



a. Investigación de oficio contra el Comité de Molinos de Trigo de la Sociedad Nacional de Industrias y 18 empresas productoras de harina de trigo (1996)

Esta fue la primera experiencia notoria del Indecopi en la persecución de carteles de competidores. No sólo involucraba un producto con impacto en la economía de las grandes mayorías de la población, en tanto que era insumo principal para la producción de pan¹⁰¹, sino que además fue la primera investigación contra un grupo numeroso de empresas de larga tradición en el mercado peruano.

La investigación realizada por el Indecopi no sólo incluyó requerimientos de gran cantidad de información estadística, sino también visitas sorpresivas a los locales de las empresas objeto de investigación, entrevistas a sus funcionarios, recopilación y reproducción de documentación *in situ*, entre otros, todo ello con el objetivo de recopilar evidencia sobre la presunta infracción.

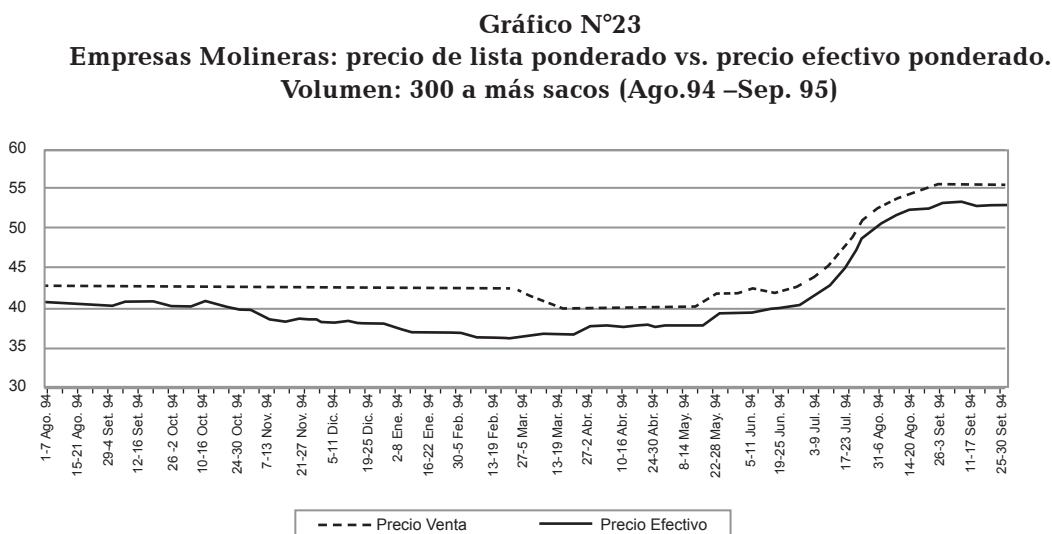
Fruto del análisis de la información estadística presentada por las empresas, la Comisión encontró que existían movimientos paralelos en los precios de venta de la harina de trigo y, además, que la dispersión de los precios se había reducido a partir de marzo de 1995 para las ventas superiores a 300 sacos. En particular, la diferencia entre el precio máximo y el mínimo se había reducido sustancialmente desde mediados de marzo de 1995.

El precio de lista público de las empresas era usualmente mayor que el precio de venta efectivo pero, a partir de la primera quincena de marzo de 1995, la diferencia se redujo notoriamente para las ventas de más de 300 sacos. La Comisión explicó que la reducción de esta diferencia había sido un mecanismo para facilitar la colusión: *“La reducción de dicha brecha constituiría un mecanismo para facilitar la verificación del cumplimiento del acuerdo por parte de las empresas involucradas pues, al basar la política de precios en listas de precios por todos conocidas se reduce el margen de las empresas para aplicar discrecionalmente políticas de descuentos”*.

Adicionalmente, la Comisión encontró que los precios promedio de la harina de trigo en Lima se habían incrementado de forma paralela a partir del mes de marzo de 1995, antes que se elevaran los precios internacionales del trigo, con lo cual el precio de la harina de trigo se incrementó antes que sus costos. Finalmente, también comprobó que hasta fines de 1994 había existido una fuerte competencia en el mercado de harina de trigo –calificada como “guerra de precios” por los actores de la industria–, plasmada en la venta con descuentos sobre precios de lista; esta competencia había conducido a la mayoría de las empresas a una difícil situación financiera.

¹⁰¹ Inclusive la investigación se inició por el incremento en el precio del pan, que los productores justificaron por el incremento, a su vez, del precio de la harina de trigo.

El siguiente gráfico, incluido en la resolución de la Comisión, muestra la época de “guerra de precios” desde los últimos meses de 1994, la reducción de la diferencia entre el precio de lista y el precio de venta efectivo entre marzo y abril de 1995, y el incremento de precios posterior (ver gráfico N°23).



Fuente: Resolución N°047-95-INDECOPI/CLC.

Con ello, la Comisión consideró que a partir de marzo de 1995 se había dado un cambio notorio en la política de precios de las empresas investigadas, que indicaba la existencia de una práctica concertada entre los competidores.

Esta hipótesis originada en el comportamiento de las empresas investigadas, fue luego sustentada con prueba de indicios –prueba circunstancial– sobre un acuerdo para fijar los precios de venta de más de 300 sacos de harina, el cual se había adoptado en una reunión de camaradería llevada a cabo el 23 de marzo de 1995.

Al respecto, una de las pruebas que utilizó la Comisión fue el acta de sesión del directorio de Molinera Valencia Sucesores S.A., del 27 de marzo de 1995, en la que se señalaba lo siguiente:

“En varios el Gerente informó que el día 23 de Marzo de 1995 ha tenido una reunión con los señores empresarios molineros que en esa oportunidad también se realizó con los

señores de La Fabril S.A.; se trató sobre las positivas perspectivas que se avizoran para la industria molinera a partir de este mes ya que la guerra de precios desatada por La Fabril S.A. ha terminado”¹⁰².

También fueron presentadas otras actas de sesiones de Directorio de empresas investigadas, tales como el acta de la sesión de fecha 16 de marzo de 1995 del Directorio de Industrias Teal S.A., en la que se resumía lo informado por una de las personas asistentes del siguiente modo:

“De todas maneras ella tenía la impresión de que el año 1995, económicamente hablando, iba a ser mejor, dado que a raíz de la venta del complejo industrial La Fabril a la empresa Perú Pacífico, subsidiaria del Banco de Crédito, se había llegado a un acuerdo con las firmas competidoras a fin de hacer un reajuste, elevar los precios de los productos a niveles razonables, ya que el fenómeno con nuestra empresa no es un caso aislado sino que se ha reflejado en todas las compañías”.

Adicionalmente, la Comisión mostró evidencia de que el acuerdo fue ejecutado y su cumplimiento permanentemente monitoreado por las empresas investigadas. Como muestra de lo anterior, se presentó la comunicación remitida por el Supervisor de Harinas a la Gerencia de Ventas de la empresa Molino Italia S.A. el 08 de mayo de 1995, en la que se reportaba cómo estaban aplicando los precios las empresas, en los siguientes términos:

| | |
|--------------------------|--|
| <i>“Nicolini:</i> | <i>Respeta los precios</i> |
| <i>Perú:</i> | <i>Respeta los precios.</i> |
| <i>Sta. Rosa:</i> | <i>Respeta los precios.</i> |
| <i>Cogorno:</i> | <i>Respeta los precios.</i> |
| <i>Triunfo:</i> | <i>Respeta los precios, pero en algunos casos recibe cheques diferidos por la compras al contado.</i> |
| <i>Cogorno Trujillo:</i> | <i>Sus precios son como sigue:</i> |
| | <i>1 a 100 49.50 crédito</i> |
| | <i>100 a + 48.40 crédito</i> |
| | <i>1 a 100 48.10 contado ch dif. 15 días</i> |
| | <i>100 a + 47.40 contado ch dif. 15 días</i> |
| <i>Inca:</i> | <i>Respeta los precios pero a partir de 200 sacos no le cobra flete al cliente. El contado lo trabajan con cheques diferidos a una semana.</i> |

102 Un medio de comunicación relató de forma anecdótica los pormenores de este hallazgo de la Comisión: *“Que la investigación ha ido a fondo lo demuestra que hasta lo que sería una cordial parrillada conlleva peligros chamuscantes [sic]. Según el documento, el 23 de marzo de 1995 La Fabril (Grupo Romero) organizó el ágape. Entre chorizos, y churrascos se habría avizorado ‘las perspectivas positivas del sector ya que la guerra de precios desatada por La Fabril había terminado con la compra de esta empresa al grupo argentino Bunge Born’, como señaló el gerente general de Molinera Valencia, Humberto Delgado, en acta de directorio del 27/03/95. (...) La Fabril por su parte, si bien acepta la organización de la parrillada señala que la cita no pasó de ser una simple reunión de camaradería entre los principales ejecutivos de las molineras y niega con firmeza que haya habido en la reunión alguna discusión sobre precios”.* Caretas N° 1391, del 30 de noviembre de 1995 (sección Mar de Fondo).



*Sayón: Sus precios son como sigue:
45.20 contado sin escalas
48.20 crédito sin escalas*

Finna: Respeta los precios. A partir de 200 sacos no cobra flete al cliente”.

También se consideró el reporte semanal de ventas al 22 de julio de 1995, dirigido por el Gerente de Comercialización al Gerente General de la empresa Molinera Inca S.A. En este documento se señalaba lo siguiente: *“En lo que refiere a los precios, en lo que es Lima, se nos informa que los molinos Nicolini, Molitalia, Cogorno y Fabril, han hecho efectivo el aumentos [sic] de precio a partir del día 24 tal como se había acordado. Para Molinera Perú, Finna, Lugón y Triunfo se indican [sic] que cambiarán sus precios a partir del día 27”.*

Considerando todo lo anterior, la Comisión concluyó que 11 de las 18 empresas investigadas había concertado precios en la comercialización de harina de trigo, infringiendo el art. 6 literal a) del Decreto Legislativo N°701. Por ello, impuso a cada una la máxima sanción que podía aplicarse según la ley vigente en la época¹⁰³:

Cuadro N°12
Sanciones a las empresas molineras

| Empresa | Comisión (UIT) |
|---|----------------|
| Cía. Molinera del Perú S.A. | 50 |
| Consorcio de Alimentos Fabril Pacífico S.A. | 50 |
| Corporación Molinera S.A. | 50 |
| Eugenio Cogorno Molino Excelsior S.A. | 50 |
| Eugenio Cogorno Molino Trujillo S.A. | 50 |
| Industrias Teal S.A. | 50 |
| Molinera El Triunfo S.A. | 50 |
| Molinera Inca S.A. | 50 |
| Molinera Valencia Sucesores S.A. | 50 |
| Molino Italia S.A. | 50 |
| Nicolini Hermanos S.A. | 50 |

Fuente: Elaboración propia.

103 Resolución N°047-95-INDECOPI/CLC, del 23 de noviembre de 1995.

Luego de ello, la casi totalidad de empresas sancionadas decidieron pagar la multa impuesta y dar por terminado el procedimiento.

No obstante, siendo la primera investigación de alto perfil que realizaba el Indecopi contra un cartel, el uso de prueba circunstancial para determinar la responsabilidad de los infractores fue objeto de cuestionamientos por parte de dos de las empresas sancionadas, quienes apelaron la decisión de primera instancia. En particular, señalaron que la existencia de similitud en los precios y en el movimiento que éstos registraban en el mercado (es decir, el comportamiento paralelo) no era prueba de concertación y que no podía deducirse la existencia de esta infracción simplemente de indicios.

Estos cuestionamientos fueron revisados por el Tribunal en apelación, descartándose en su integridad, considerando que la Comisión tenía plenas facultades para investigar infracciones al Decreto Legislativo N°701, y que el marco legal peruano reconocía la validez del uso de la prueba de indicios para demostrar la existencia de infracciones administrativas¹⁰⁴.

No obstante, una de las empresas recurrió al Poder Judicial, solicitando que se declare nula la resolución del Tribunal y, por ende, infundado el cargo de concertación de precios en su contra. Al pronunciarse al respecto, la Corte Suprema de la República no sólo reconoció la facultad del Indecopi para utilizar la prueba de indicios, sino que confirmó su validez para demostrar la existencia de prácticas concertadas en general, y de la concertación del precio de la harina de trigo en particular, en los siguientes términos:

“Como lo anota la empresa actora, puede ser que el simple paralelismo de precios no sea suficiente para afirmar que se ‘concierte precios’, pero en cambio, este hecho agregado a otros actos comprobados llevan a la convicción que sí hubo concertación (...) Que la prueba del ‘indicio’, antes propio del derecho penal, es la acción o señal que da a conocer lo oculto, es la sospecha que un hecho permita sobre otro desconocido. Ninguna prueba ofrece tanta variedad como el indicio, este se basa en hechos o circunstancias que se suponen probados y tratan mediante el razonamiento y la inferencia de establecer la relación con el hecho investigado, la incógnita del problema (...) Que como premisa se advierte, que los indicios a fin de que cumplan con su cometido, esto es, que más adelante sirvan como un medio probatorio, deben ser apreciados en su conjunto y no en forma individual (...) Que los indicios señalados en las resoluciones impugnadas en base a la investigación de oficio realizada por el Indecopi (...) son hechos que conllevan a establecer que la actora sí participó en la concertación de precios conjuntamente con las demás empresas investigadas y sancionadas (...) que para la eficacia probatoria de los ‘indicios’ se requiere que éstos reúnan ciertos requisitos, como

104 Resolución N°1104-96-INDECOPI/TRI.

el que no existan 'contra indicios' que no puedan descartarse razonablemente y le resten convicción a los indicios (...) En el caso de autos hay ausencia de contra indicios (...)''¹⁰⁵.

De este modo, se cerraba un capítulo importante en la experiencia del Indecopi como autoridad encargada de la persecución de carteles de competidores.

b. Investigación de oficio contra la Asociación Peruana de Avicultura (APA) y 21 empresas productoras de pollo, reproductoras e incubadoras (1997)

La investigación fue iniciada por varias conductas anticompetitivas realizadas por las empresas investigadas en el mercado de pollo comercializado vivo a nivel de Lima Metropolitana, durante el período comprendido entre mayo de 1995 y julio de 1996. De un lado, se imputó a todas las investigadas la concertación de precios del pollo; de otro lado, se imputó a once de ellas haber concertado precios, condiciones de comercialización y volúmenes de producción, así como establecer barreras al ingreso de potenciales competidores y forzar la salida de otros.

Este fue el caso más sonado de concertación entre competidores que ha conocido el Indecopi en toda su historia hasta la fecha, debido a las características que en él confluían. El precio del pollo tiene impacto directo e inmediato sobre la canasta básica familiar –a diferencia de la investigación en el mercado de producción de harina de trigo, cuyo impacto era indirecto–; el número de empresas involucradas era bastante elevado; las conductas investigadas eran varias y mayor su complejidad, pues se evaluó si dentro de la concertación general un grupo de empresas había incurrido, a su vez, en una infracción más compleja y particular, a través de la denominada Alianza Estratégica Avícola (AEA).

Unido a lo anterior, en abril de 1996, el Poder Ejecutivo había emitido el Decreto Legislativo N°807, a través del cual otorgó mayores facultades de investigación y sanción al Indecopi. La investigación contra el cartel del mercado avícola resultaba una “prueba de fuego” para el Indecopi, que no dudó en hacer uso de sus nuevas facultades, particularmente al momento de requerir información a las empresas investigadas, incluso aquella que pudiera tener carácter confidencial, ya sea durante las numerosas visitas de inspección sin previo aviso que realizó, o durante la tramitación del procedimiento.

Los pormenores de la investigación pasaron rápidamente a los medios de comunicación, generándose así expectativa por los resultados del procedimiento.

¹⁰⁵ Sentencia de fecha 18 de octubre de 1999, recaída en la demanda contencioso administrativa planteada por Corporación Molinera S.A. contra la Resolución N°1104-96-INDECOPI/TRI.

La Comisión, basándose en el informe emitido por la Secretaría Técnica, consideró que las conductas infractoras se habían implementado en cuatro períodos, identificándose en cada uno de ellos conductas o fórmulas distintas de accionar ilícito, como se muestra en el siguiente cuadro:

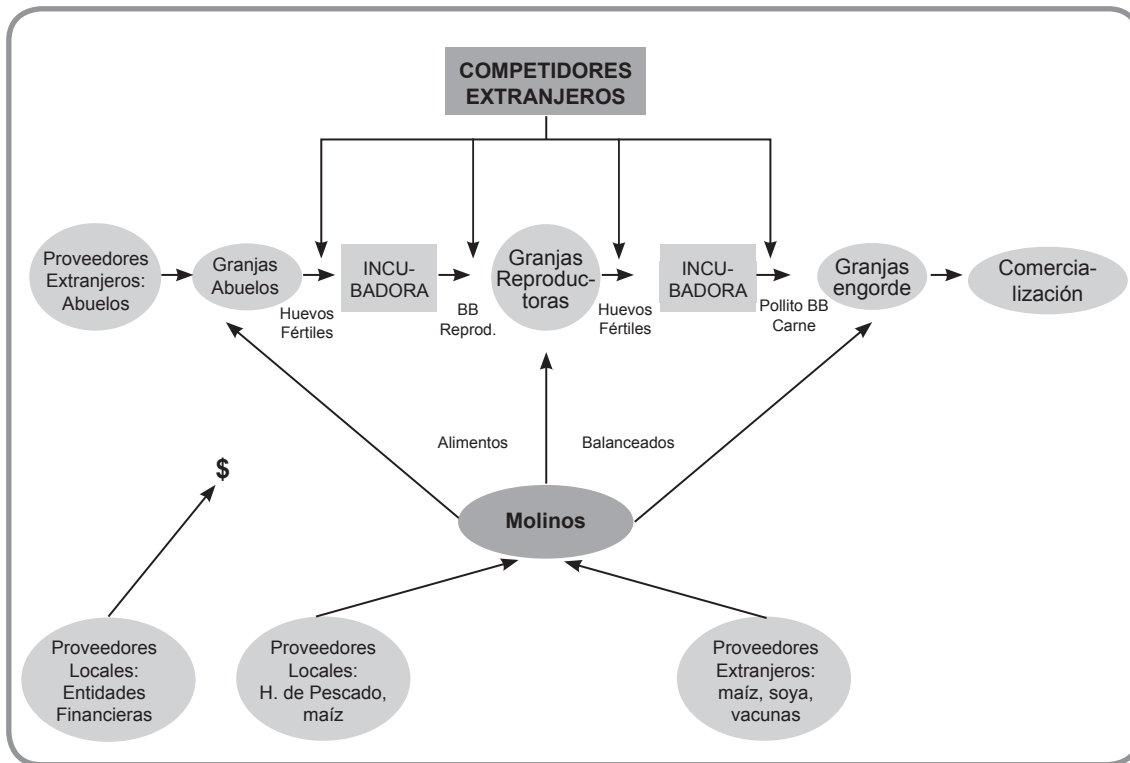
Cuadro N°13
Conductas infractoras detectadas en el cartel del mercado avícola

| Período | Conductas Infractoras |
|--------------------------------|--|
| Mayo - agosto de 1995 | Concertación para la determinación (estabilización) de los precios. Concertación para la creación de barreras de ingreso a potenciales competidores (importadores). |
| Septiembre - diciembre de 1995 | Concertación para la determinación (reducción, incremento y posterior estabilización) de los precios. Formación de la AEA que involucraba un acuerdo para la fijación concertada de precios, volúmenes de producción y creación de barreras al ingreso y permanencia de competidores. |
| Enero – marzo de 1996 | Concertación para la determinación (incremento) de los precios. Funcionamiento continuado de la AEA. |
| Abril - julio de 1996 | Concertación para la determinación (reducción e incremento posterior) de los precios. Funcionamiento continuado de la AEA. |

Fuente: Elaboración propia

Para efectos de su evaluación, se consideró, en primer lugar, cómo se organizaba el proceso de producción del pollo, lo cual puede observarse en el siguiente gráfico (ver Gráfico N°24):

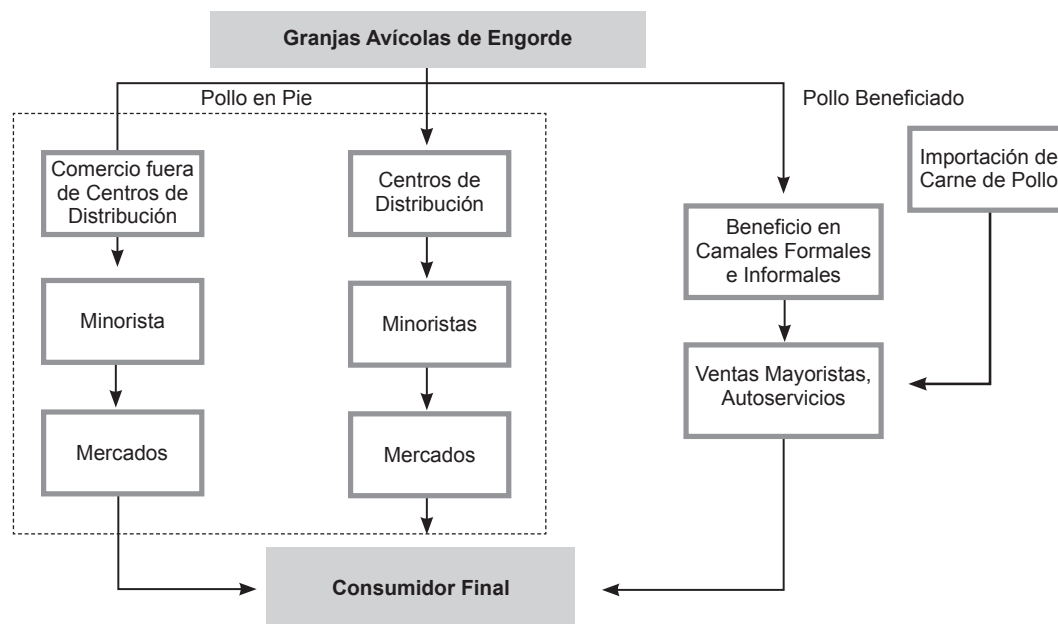
Gráfico N°24
Proceso de producción del pollo



Fuente: Informe Técnico N° 001-97-CLC.

Asimismo, se tuvo en cuenta la organización del proceso de comercialización del pollo, tal como se observa a continuación (ver Gráfico N°25):

Gráfico N°25
Proceso de comercialización del pollo



Fuente: Informe Técnico N° 001-97-CLC.

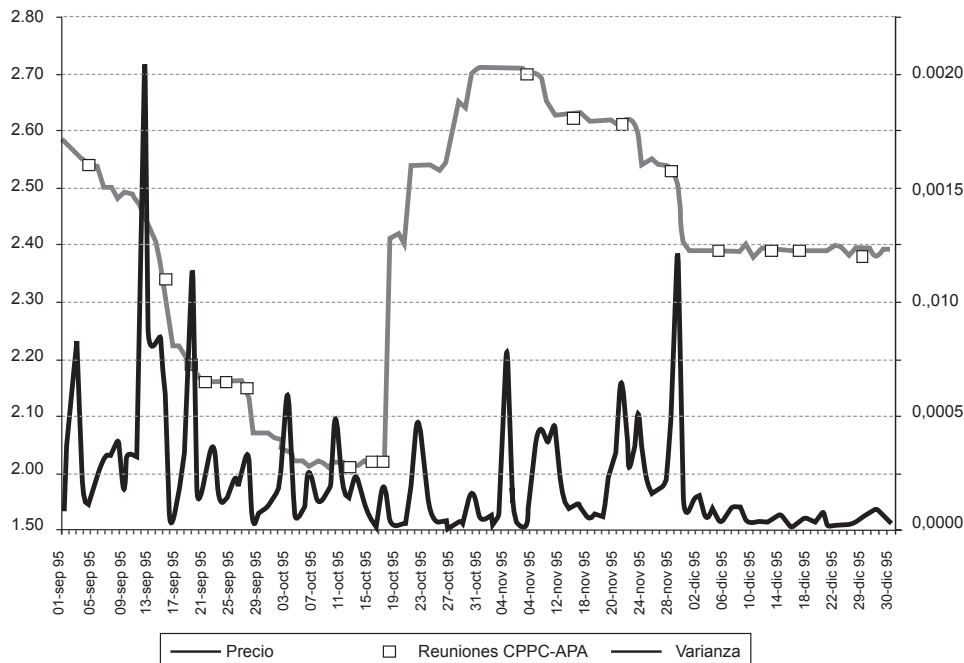
Una vez definido lo anterior, la Comisión analizó si las características del mercado podían considerarse como elementos que facilitaban una concertación entre competidores, señalando lo que sigue:

“La carne de pollo es el producto cárnico de mayor demanda entre los consumidores peruanos; su precio se ubica por debajo del precio de las carnes rojas y de la mayor parte de la carne de pescado, hecho que la convierte en la alternativa más accesible para las familias peruanas. En el mercado del pollo comercializado vivo en Lima Metropolitana y el Callao se presenta un alto grado de concentración tanto a nivel de la producción como de la comercialización; conjuntamente con los principales productores participan en dicho mercado otras empresas que, por su menor dimensión, no afectan sustancialmente al mercado; estas últimas comercializan su producción a través de sistemas distintos a los utilizados por los principales productores. Las empresas de mayor participación en dicho mercado se encuentran agrupadas al interior del Comité de Productores de Pollo Carne de la Asociación Peruana de Avicultura, cuyos representantes han sostenido durante el período de investigación reuniones periódicas -por lo menos una vez por semana-, en las cuales se evaluó el

comportamiento del mercado y de cada una de las empresas en particular a partir de la información intercambiada o recolectada directamente por los organismos gremiales. En dicho mercado se presentan condiciones que facilitan la creación de barreras de entrada a potenciales competidores que se derivan del sistema de comercialización actualmente existente, el mismo que se realiza principalmente a través de 14 Centros de Distribución y de menos de 240 comerciantes mayoristas que se encuentran controlados directamente por los productores agrupados al interior de la APA”¹⁰⁶.

Luego de ello, la Comisión evaluó la conducta de las empresas en el mercado, para identificar si existía un comportamiento paralelo, e identificó que existía coincidencia entre las distintas fechas en que se habían realizado reuniones de buena parte de las empresas investigadas en la APA y cambios relevantes en los precios. Asimismo, encontró que la diferencia entre los precios de las distintas empresas se había reducido coincidentemente en épocas en que se daban los incrementos de precios. El siguiente gráfico muestra lo anterior (ver Gráfico N°26):

Gráfico N°26
Venta de pollo: precios sin IGV



Fuente: Informe Técnico N°001-97-CLC

106 Resolución N°001-97-INDECOPI-CLC, del 15 de enero de 1997.

En vista de ello, se evaluó la diversa documentación recogida en las visitas de inspección para definir si el comportamiento de las empresas podía explicarse como producto de un acuerdo o concertación.

La evidencia indicaba que a inicios del segundo trimestre de 1995, las empresas pertenecientes a la APA identificaron que se avecinaba una considerable sobreproducción de pollo que, si se vendía en el mercado, ocasionaría una reducción del precio que les causaría pérdidas considerables. Así, en el acta de la sesión del Comité de Productores de Pollo Carne de la APA (CPPC) del 13 de abril de 1995, se señalaba: “[se] presentó a los presentes la Proyección de la Producción de Pollito BB Carne Periodo Abril de 1995 - Septiembre de 1995. Respecto a este punto el equipo de trabajo que viene elaborando estas cifras propondrá las distintas alternativas que podrá adoptar el sector”. La Comisión encontró que en dicha sesión se había presentado el documento titulado “Proyección de la Producción de Pollito BB Carne Periodo abril de 1995 - septiembre de 1995”, así como el gráfico titulado “Producción Real y Teórica de Pollos BB Carne”, en los cuales se proyectaba que la producción nacional de pollo llegaría a 22 millones en el mes de septiembre, señalándose lo que sigue:

“(…) Como se puede ver en la Producción Teórica de Pollo BB a partir del mes de Marzo tiene una franca tendencia creciente. En la curva de 8 meses pasa de 17 millones en Febrero a 18 millones en Marzo, 19 millones en Abril, 20 millones en Mayo, 21 millones en junio y sigue aumentando hasta llegar a los 22 millones en Septiembre.

Si se cumpliera esta proyección tendríamos un grave problema en el mercado, por la sobreproducción que se presentaría. El mercado absorbe sin dificultad solo unos 17,5 millones de pollos BB.

No hay que olvidar que una baja en el precio en granja de S/. 0,10 céntimos de Nuevo Sol en un mes, representa un menor ingreso de las empresas avícolas de aproximadamente US\$ 1.500.000 Dólares.”

Adicionalmente, en el documento denominado “Determinación de Excedentes de Pollos BB Carne en los próximos meses”, que también había sido repartido en la sesión objeto de comentario, se consignaba el nivel de excedentes esperados para los meses de junio a noviembre de 1995, así como las pérdidas que ocasionarían según la alternativa elegida:



Cuadro N°14
Determinación de Excedentes de Pollos BB Carne en los próximos meses

| MES | MES | CARGA POLLO BB | POLLO BB | | EXCEDENTE |
|-----|-----|-------------------|--------------------|--------------------|-----------|
| VT | NAC | POLLO BB MILLONES | IMPORTADO MILLONES | EXPORTADO MILLONES | MILLONES |
| MAR | ENE | 17.400 | | | |
| ABR | FEB | 17.544 | (0,649) | | |
| MAY | MAR | 17.903 | (0,454) | | |
| JUN | ABR | 19.335 | (0,854) | 0,400 | 1,789 |
| JUL | MAY | 20.145 | | | 2,145 |
| AGO | JUN | 21.029 | | | 3,029 |
| SET | JUL | 21.277 | | | 3,277 |
| OCT | AGO | 21.581 | | | 3,581 |
| NOV | SET | 21.967 | | | 3,967" |

Cuadro N°15
Caso hipotético de un incremento de 290.000 pollos BB en la colocación nacional

| VALORACION DE LAS PÉRDIDAS SEGÚN ALTERNATIVAS. LAS PÉRDIDAS SE EXPRESAN EN SOLES POR MES. | S/. POR MES |
|--|-------------|
| Vender pollo vivo = $(17\,300.00 + 290\,000) \cdot 0,95 \cdot 2 \cdot 0,1$ | = 3.676.000 |
| Beneficiar el exceso de pollo = $290\,000 \cdot 0 \cdot 0,95 \cdot 2 \cdot 0,65$ | = 394.000 |
| Eliminar pollos BB = $290\,000 \cdot 0,60$ | = 174.000 |
| Eliminar H.F. de pollos BB = $290\,000 / 0,85 \cdot 0,40$ | = 136.000 |
| Sacar el exceso de reproductoras = $290\,000 / 13 \cdot 3,5 \cdot 0,7$ | = 55.000 |
| Exportar H.F. de pollos BB | = 136.000 |
| Exportar pollo BB | = 174.000 |
| Exportar pollo beneficiado | = 144.000 |
| Disminuir la importación | |
| Reducir la carga | |
| Seleccionar* | |

Fuente: Resolución N°276-97-TDC.

Los temas discutidos en la sesión del 19 de abril de 1995 se explicaban en el Memorandum N°223-95, fechado el 24 de abril de 1995, que fue encontrado en la visita de inspección llevada a cabo en el local de la empresa Avícola El Rocío S.A. En el referido documento, un funcionario

de la empresa que asistió a la reunión, explicaba lo ocurrido al director de la empresa cuya sede principal se encontraba en Trujillo:

“En la última reunión del Comité de Productores de Pollo Carne, hizo una exposición el Señor Víctor Eyzaguirre sobre la crisis que puede ocurrir con la sobreproducción de Pollo B.B. Carga la cual te estoy adjuntando.

Las medidas correctivas que se piensan tomar en caso que los datos de carga se verifiquen son las siguientes:

1.- Tratar de venderle huevos fértiles pollo B.B. a las Compañías que están importando, que por el momento son:

a) ROSMAR S.A.

c) MOLINOS MAYO

b) CORPORAC. GANADERA

d) MOLINERA SAN MARTIN

2.- La segunda medida sería un congelamiento de pollos para aquellas integraciones cuyo promedio pase de 2.30 Kgs.

3.- La eliminación de reproductoras para aquellas integraciones que se pasen del peso acordado.

Estas son las medidas que se van a discutir en la reunión del día Miércoles de los corrientes”.

La siguiente sesión del CPPC se llevó a cabo el 03 de mayo de 1995. Nuevamente, un memorándum interno de Avícola El Rocío fue presentado por la Comisión para explicar los pormenores de lo ocurrido:

“En la reunión habida en el Comité de Productores de Pollos el día Miércoles 03 de los corrientes, se trataron puntos de suma importancia:

1.- Mantener un peso promedio estandarizado. Moción que fue aprobada por unanimidad.

2.- Carga Promedio mensual de Pollos de Carne que debe tener cada Integración.

El Señor Polo Suárez Fabres y el Señor Fernando Ikeda, presentaron el siguiente cuadro, que se adjunta en hoja anexa, en base a las cargas promedios de los tres (03) últimos meses.

Al ver este cuadro se hizo una votación entre todos los presentes para que eliminaran sus excedentes de Mayo que eran los más próximos, vía ahogamiento de embriones o de Pollos B.B. lo cual en una primera votación la mayoría aceptó con excepción de TAKAGAKI; que puso en consideración una serie de motivos por lo cual no podía dar una respuesta inmediata.

Por otro lado, el Señor Fabres, hizo las siguientes propuestas:

1.- Reducción de la Importación de Reproductoras.

2.- Anulación de las importaciones de Pollo B.B. o Huevos Fértiles y propuso que estos se compraran a nivel nacional.

3.- Eliminación de Reproductoras.

4.- Congelación del Pollo.

(...) A esta Medida se agregó la propuesta del Señor Bellido de formar entre todos los Integrantes del Comité de Pollo Carne una Compañía que compraría el Pollo Congelado, lo vendería a Provincias o tratará de exportarlo. (...)

Este pollo que manejaría la nueva Compañía sería el excedente de la producción del mes de Mayo y los siguientes meses. La nueva Compañía trabajaría sin lucro para poder romper la entrada de pollo chileno. Según sus cálculos estos nos representaría una pérdida de 0.05 por kilo de pollo, suma inferior a la que resultaría de no congelar y permitir que estos grupos se acerquen cada vez más a Lima, y de las ventas del Pollo como Pollo Vivo por la consiguiente baja en los precios.

(...)

Siendo la 01.30 p.m., se pidió un cuarto intermedio hasta el día de mañana para que cada uno de los Integrantes del Comité lo piensen y en el caso especial del Señor Pedro Komatsudani que se opone a la medida haga su Flujo de Caja y vea si le conviene, ya que se opone alegando que meses atrás hemos procedido en el Comité a trabajar como una Libre empresa”.

Otra evidencia de fechas posteriores mostraba que las empresas investigadas acordaron poner en práctica, de forma conjunta, algunas de las medidas propuestas como alternativa para enfrentar la sobreproducción, y evitar así que todo el pollo producido fuera vendido en el mercado, ocasionando la caída del precio. También se puede mencionar otras pruebas consideradas por la Comisión, como por ejemplo, el acta de sesión de Directorio de Alimentos Protina SA del día 12 de junio de 1995, en la que se señalaba lo siguiente:

“El Ing. (...) comunicó respecto al acuerdo tomado recientemente en el Comité de Productores de pollos, manifestando la inminente decisión de beneficiar y congelar pollos a fin de evitar que los precios bajen. Sostuvo finalmente que la Empresa que logre nivelar su peso promedio en 2,200 Ks. o menos, no se verá afectada con el acuerdo de beneficio y congelamiento”.

La evidencia encontrada también demostraba que los acuerdos adoptados habían sido implementados, con dificultad al inicio, pero más regularmente después. La ejecución de los acuerdos requería que los involucrados cumplieran con remitir información sobre sus niveles de producción, así como sobre los volúmenes de pollo congelado. La Circular/053/95 del CPPC, de fecha 11 de mayo de 1995, remitida a todas las empresas miembros, es muestra de lo anterior:

“Tenemos el agrado de dirigirnos a usted, con el propósito de manifestarle nuestra más seria preocupación, debido a que no se viene contando oportunamente con la información de producción de Pollito BB Carne de su empresa.

Conforme lo acordado en Comité de fecha 10.05.95, las empresas deberán enviar su información de manera semanal.

Esto contribuirá a poder tomar las decisiones más inteligentes y en el momento más oportuno”.

Posteriormente, el 06 de julio de 1995, el Gerente General del CPPC remitió cartas a todas las empresas, comunicándoles los montos con los que participarían en el programa de "saca para beneficio y congelado" de pollo. El texto de esta carta era el siguiente:

"Tenemos el agrado de dirigirnos a usted, conforme lo acordado en la reunión de Comité celebrada el día 05.07.95, para adjuntarle fotocopia del Programa de saca para beneficio y congelado de 160 000 pollos, en el cual su empresa participa con (X CANTIDAD) pollos. Sobre el particular, mucho le agradeceremos a usted, se sirva enviar a más tardar el día Viernes 07.07.95, las órdenes de recojo respectivas a nombre de la Asociación Peruana de Avicultura".

Adicionalmente, en el memorándum de fecha 12 de agosto de 1995, dirigido por un funcionario de Alimentos Protina S.A. a dos funcionarios de Molinera San Martín de Porres S.A., no sólo se hacía referencia explícita al acuerdo existente sino que, además, se informaba sobre la cuota de congelamiento para cumplir el mencionado acuerdo:

Memorándum de Alimentos Protina S.A.

alimentos protina S.A.
Hualcará-Cañete : Telf. 912034 - San Vicente
Calle Mayor Armando Blondet 130 San Isidro
Telf. 419321 - 419362 - 427693 - 421959 fax 421969

MEMORANDUM

Lima, 12 de AGOSTO de 1995.

DE: SR. RAUL RAMOS B. A: SR. ROBERTO UDA
" GUILLERMO "

ASUNTO: BENEFICIO Y CONGELACION POLLOS

ESTAMOS COORDINANDO LA SACA PARA BENEFICIAR 60,000 AVES.
A UDS. LES TOCA SEGUN EL ACUERDO, 3500 UNIDADES.
CALIDAD OPTIMA, PESO 2.200 A 2.300 KGS.
COORDINAR CON EL INGR LUIS PERALTA telf. CELULAR 993268

Atm.

[Firma]

Fuente: Resolución N°276-97-TDC.

En función de lo anterior, la Comisión concluyó que estaba demostrada la programación empleada para la ejecución de lo acordado, informando periódicamente el volumen mensual que se requería retirar del mercado y la cuota que le correspondía congelar a cada empresa participante.

Las siguientes etapas del acuerdo también fueron estudiadas y demostradas a través de distintos tipos de prueba indiciaria. Sólo a manera de ejemplo, se pueden citar los formatos titulados "Precios al por mayor de productos nacionales comercializados en el país", que fueron encontrados en el local de Molinera San Martín de Porres S.A., y en los cuales esta empresa remitía al Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), datos sobre la evolución de precios del pollo. En la sección de "Comentarios" del formato presentado el 23 de octubre de 1995, se señalaba lo siguiente: *"El 18/10/95 el Precio se recuperó. En el mercado aun no se Puede Observar la demanda del producto, ya que depende del precio promedio del pollo y el acuerdo que tomen el grupo de granjeros"*.

En la sección de "Comentarios" del formato presentado un mes después, es decir el 23 de noviembre del mismo año, la referida empresa informó al INEI que el precio del pollo en granja había sido de S/. 3,20 el 30 de octubre y de S/. 3,10 el 09 de noviembre, incluyendo la siguiente explicación: *"El precio de S/. 3,10 se está manteniendo debido a que todos los integraciones [es decir las empresas avícolas] han bajado su producción por acuerdo ya que el mercado necesita estabilizarse"*.

En cuanto a las medidas adoptadas durante 1996 por el conjunto de empresas investigadas, la Comisión también presentó diversos indicios, como por ejemplo el siguiente texto manuscrito, encontrado en una copia del informe titulado "Abastecimiento Semana del 16 al 22.04.96", que las empresas investigadas discutieron en la reunión del CPPC del 24 de abril de 1996, documento que fue encontrado en el local de Avícola Rosmar S.A.

**Texto manuscrito encontrado en una copia del informe titulado
"Abastecimiento Semana del 16 al 22.04.96"**



Fuente: Resolución N°276-97-TDC.

Para explicar este texto manuscrito corresponde mencionar que, según los hallazgos de la Comisión, en la época a la que corresponde la fecha de este documento, las empresas avícolas habían acordado realizar una campaña publicitaria conjunta para impulsar un mayor consumo de pollo, a fin de controlar más rápidamente el exceso de producción que otra vez se iba a presentar, para luego de ello volver a elevar el precio coordinadamente.

De este modo, la Comisión concluyó que las empresas investigadas habían participado en una concertación para fijar el precio del pollo de forma conjunta, manejando para ello distintas variables que les permitían controlar coordinadamente los volúmenes que serían comercializados.

Adicionalmente a lo anterior, la Comisión consideró que un grupo más pequeño de las investigadas había incurrido en un comportamiento ilícito adicional a través de la conformación de la AEA, que resultaba un acuerdo más complejo dentro de la concertación general, y que se había tratado de ocultar a través de la figura de un supuesto tránsito hacia una integración de las empresas involucradas.

En particular, la Comisión consideró probado que los acuerdos adoptados por las empresas de la autodenominada AEA habían tenido el objeto u efecto de concertar el precio del pollo, mediante la concertación directa de los precios y de diferentes aspectos vinculados a la producción y comercialización (volúmenes y calidad del pollo, unificación de compras de insumos, determinación conjunta del margen mayorista, unificación del sistema de comercialización, entre otros). De igual modo, entendió que se había demostrado la existencia

de acuerdos al interior de la AEA cuyo objeto era evitar o restringir el ingreso de competidores –productores marginales, informales o extranjeros– al mercado, mediante el desarrollo de barreras de acceso de tipo financiero, comercial y gubernamental.

Como evidencia de lo anterior, la Comisión tuvo en cuenta el documento titulado “Alianza Estratégica Avícola - AEA. Definición de los Lineamientos Estratégicos de la AEA”, en el que se expresaba lo siguiente:

“La descripción general de cada uno de los objetivos vinculados a la sub-estrategia de crear barreras de entrada es la siguiente:

(...)

b) Determinar el margen mayorista: impulsar la estandarización del margen de comercialización de los mayoristas en un nivel equitativo.

(...)

d) Copar granjas y plantas de incubación: realizar actividades relacionadas a evitar el hecho de tener capacidad ociosa fuera de la AEA, de tal manera que pueda ser comprada o utilizada por terceros.

e) Lobbying en Bancos, IPSS, SUNAT, etc: se busca conversar con estas a fin de que no favorezcan un crecimiento desordenado del sector.

f) Barreras sanitarias: Proponer al SENASA apruebe el ‘reglamento de granjas’ a fin de que se cumplan una serie de normas sanitarias del sector.”

(...)

a) Plan de acción ‘lobbying con Bancos’

Este plan tiene por objeto que se creen barreras de entrada para posibles inversionistas y a la vez, hacer que el sector financiero adquiera confianza en la AEA y sus miembros. Las actividades específicas a ejecutar en este plan de acción son las siguientes:

(...)

- Transmitirles que no propicien distorsiones en el sector alentando de manera equivocada a algunos inversionistas que quieren entrar en el sector avícola.

b) Actitud gremial

Este plan se concentra en una serie de actividades proactivas que la AEA debe ejecutar para fortalecerse a la vez que se crean barreras de entrada para determinados inversionistas. Las actividades a realizar serían las siguientes:

(...)

- Proponer se revise la problemática que generaría la importación de reproductores y pollos BB’s.

- Presionar en SENASA para que se apruebe un reglamento de granjas, camales, centros de acopio, etc.”.

Por todo ello, la Comisión declaró fundados (i) el cargo de fijación de precios contra todas las empresas investigadas, y adicionalmente, (ii) el cargo de fijación de precios y aplicación de

otras medidas de control de producción y para la creación de barreras de entrada (a través de la AEA) contra un número más reducido de empresas. En consecuencia, les impuso multas diferenciadas según su nivel de participación, tamaño en el mercado, número de conductas ilícitas realizadas, etc. El monto conjunto de las multas impuestas por la Comisión ascendió a 6.373 UIT¹⁰⁷.

En la apelación se cuestionó el uso de prueba indiciaria, la supuesta extralimitación en el uso de facultades de investigación, el incorrecto uso de la prueba de indicios, particularmente las inferencias de concertación que había deducido la Comisión con la prueba obtenida, así como la existencia de explicaciones alternativas para los documentos encontrados, distintos a un acuerdo de competidores. Además, las empresas sancionadas por participar de la AEA también cuestionaron que se hubiera considerado que a través de ella se cometió una conducta ilícita adicional y que se les hubiera sancionado de forma más severa por ello.

El Tribunal descartó los cuestionamientos vinculados al uso de los indicios, así como sobre las facultades de investigación, señalando que el proceder de la Comisión estaba completamente arreglado a derecho y que había permitido en todo momento que las empresas ejerzan plenamente su derecho de defensa.

En cuanto al análisis de los indicios hallados, el Tribunal coincidió en que existía evidencia de un acuerdo de la mayor parte de las investigadas para fijar coordinadamente los precios, a través de un conjunto de medidas de control de la sobreproducción, aplicadas en forma conjunta. En palabras del Tribunal:

“A manera de conclusión sobre este punto, la Sala considera que se puede concluir a partir de los medios probatorios e indicios conjuntamente valorados, que en la reunión del CPPC del 3 de mayo de 1995, las avícolas asistentes, con excepción de Takagaki (hoy Avinka S.A.), acordaron hacer frente al problema que representaría para sus empresas la “sobreproducción” que habían confirmado que se produciría en base a la información recopilada a fines del mes de abril y trabajada por el señor Izaguirre. Para tal efecto, dichas empresas adoptaron una serie de medidas restrictivas de la competencia diseñadas para ser implementadas en forma conjunta y simultánea. Las medidas acordadas en estas reuniones fueron la disminución de los niveles de crianza

107 Resolución N°001-97-INDECOPI/CLC, del 15 de enero de 1997. Más adelante se incluye el valor de la multa impuesta a cada una de las empresas, en un cuadro comparativo con las multas fijadas por el Tribunal.

(por ejemplo, reduciendo la importación de huevos fértiles, exportando huevos fértiles de manera conjunta y/o eliminando huevos fértiles y embriones), la estandarización del peso del pollo, así como el manejo conjunto de excedentes a través de su congelado y venta fuera del mercado de Lima. Para esto último, el señor Rafael Bellido, representante de Corporación Ganadera S.A., sugirió formar una empresa que se encargaría de vender los excedentes de producción - esto es, el pollo que se congelaría - en otros mercados, principalmente en provincias (Cuzco y Puno, lugares donde, a diferencia de Lima, se comercializa principalmente congelado) y a instituciones (por ejemplo, la Marina de Guerra del Perú). Dicha sugerencia fue aceptada, encargándose al señor Bellido elaborar un proyecto para la conformación de la nueva empresa”¹⁰⁸.

En tal sentido, el Tribunal confirmó la decisión de primera instancia en cuanto al cargo por concertación de precios contra quince empresas productoras y comercializadoras de pollo y la APA. Sin perjuicio de ello, consideró que no existía evidencia de que las empresas incubadoras y reproductoras, que habían sido incluidas en la investigación luego que ésta fue iniciada, hubieran incurrido en la mencionada infracción, por lo cual revocó la decisión de primera instancia en este extremo.

Finalmente, el Tribunal consideró que las eventuales infracciones que pudieran haberse dado al interior de la AEA *“se habrían producido en forma simultánea a la concertación de precios, condiciones y restricciones de producción que involucra a todas las empresas investigadas”,* con lo que cualquier restricción de la competencia dentro de la AEA *“se habría yuxtapuesto a los acuerdos y conductas generados en el marco de una concertación mayor y por ello debe ser considerado como parte de los actos de concertación que involucran las demás empresas”.*

En función de lo anterior, el Tribunal redujo las multas impuestas por la primera instancia a las empresas infractoras, tal como se señala en el siguiente cuadro (Ver Cuadro N°16):

108 Resolución N°276-97-TDC, del 19 de noviembre de 1997.

Cuadro N°16
Multas impuestas a empresas avícolas infractoras

| Empresa/Entidad | Comisión (UIT) | Tribunal (UIT) |
|---|----------------|----------------|
| Asociación Peruana de Avicultura (APA) | 100 | 50 |
| Agropecuaria Contán S.A. | 30 | 20 |
| Agropecuaria El Pilar S.A. | 56 | 25 |
| Agropecuaria Villa Victoria S.A. | 149 | -- |
| Alimentos Protina S.A. | 348 | 130 |
| Avícola del Norte S.A. | 64 | -- |
| Avícola El Rocío S.A. | 64 | 30 |
| Avícola Galeb S.C.R.L. | 113 | 50 |
| Avícola Rosmar S.A. | 75 | 30 |
| Avícola San Fernando S.A. | 1.055 | 450 |
| Avícolas Asociadas S.A. | 115 | 50 |
| Corporación Ganadera S.A. | 1.045 | 340 |
| El Palomar E.I.R.L. | 60 | 20 |
| F.Car SA. | 37 | 15 |
| Germán Orbezo Suárez | 384 | 140 |
| Granja Los Huertos S.A. | 1.055 | -- |
| Granja de Reproductoras El Hatillo S.A. | 10 | -- |
| Haidarliz S.A. | 10 | -- |
| Molinera San Martín de Porres S.A. | 300 | 220 |
| Molinos Mayo S.A. | 1.055 | 450 |
| Redondos S.A. | 248 | 100 |

Fuente: Resoluciones 001-97-INDECOPI/CLC y 276-97-TDC
Elaboración propia

Un tema adicional y de la mayor relevancia en esta decisión del Tribunal, es que, como producto del análisis teórico y de la interpretación efectuada sobre el Decreto Legislativo N°701, decidió establecer el siguiente precedente de observancia obligatoria (regla de

obligatoria aplicación por las instancias de decisión del Indecopi) para posteriores casos de concertación entre competidores:

Resolución N°276-97-TDC-INDECOPI

“De acuerdo a las normas contenidas en el Decreto Legislativo N° 701, las concertaciones de precios, reparto de mercado, reparto de cuotas de producción y limitación o control de la producción deben sancionarse de acuerdo a la regla per se. Ello implica que la sola realización de la práctica prohibida constituye una infracción administrativa a la que se debe aplicar la sanción legalmente prevista. En ese sentido, para considerar configurada la infracción no es necesario tener en cuenta los efectos perjudiciales de la práctica en el mercado, o su razonabilidad, es decir el hecho de que la práctica sea o no idónea para producir efectos perjudiciales en el mercado”.

De este modo, en 1997 el Indecopi asumió el criterio de ilegalidad *per se* para sancionar las concertaciones de precios y otros comportamientos calificados como carteles de competidores. Según esta regla, estas conductas debían ser calificadas como ilícitas con la sola demostración de que los participantes se habían puesto de acuerdo para restringir la competencia, sin necesidad de demostrar efectos perjudiciales en el mercado o de evaluar la razonabilidad de tales prácticas.

Como ya se ha comentado en el primer capítulo, lo riguroso de esta regla se explica porque las conductas que califican como un cartel permiten que los competidores actúen coordinadamente en el mercado, como si fueran una sola empresa pero simulando competir. Con ello, logran veladamente el poder de mercado que no tienen individualmente y obtienen beneficios de carácter monopólico, que no hubieran sido posibles de no haber coordinado su comportamiento.

Un tema muy relevante sobre este caso, es que las empresas infractoras llevaron la controversia al Poder Judicial, solicitando que se declare la nulidad de la resolución emitida por el Tribunal. El proceso judicial culminó en última instancia al finalizar el año 2010.

Si bien su duración en sede judicial fue exagerada (aproximadamente trece años), el resultado final y definitivo resultó notoriamente positivo para el Indecopi. Tanto la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, como la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, que conocieron el caso en primera y segunda instancia judicial, respectivamente, confirmaron y respaldaron la decisión del Indecopi.

Entre los aspectos de mayor interés de la sentencia se debe mencionar que la Corte Suprema concluyó que la concertación de las empresas avícolas estaba debidamente probada, a través de la prueba indiciaria utilizada y merituada por las instancias del Indecopi. Adicionalmente, confirmó plenamente que, según el Decreto Legislativo N°701, el criterio de ilegalidad *per se* era la regla de análisis aplicable a este tipo de conductas prohibidas.

Dada la importancia del caso, como uno de los procedimientos claves en el desarrollo de la práctica del Indecopi en la persecución de carteles de competidores, consideramos adecuado reiterar lo que ya señalamos en un trabajo previo sobre la sentencia final y definitiva del Poder Judicial:

“De hecho se trata de uno de los pronunciamientos más relevantes de la Corte Suprema en esta materia, que respalda una investigación correctamente realizada y un análisis debidamente sustentado por el Indecopi, en uno de los casos más emblemáticos de esta institución. Si bien llama la atención, y puede ocasionar una justa crítica, el largo tiempo que ha tomado arribar al fallo definitivo, no debe perderse de vista que esta decisión no ha sido de consenso ni ha estado libre de posiciones encontradas. Más bien, es producto de una nutrida controversia entre los vocales de la Corte Suprema, quienes voto a voto fueron planteando hasta tres posiciones distintas en cuanto a las materias de fondo tratadas¹⁰⁹. (...)

*El voto en mayoría concluyó que las concertaciones del tipo cometido por las empresas avícolas son sancionables según la regla *per se*, es decir que tales conductas son ilegales de forma automática por su sola realización y sin necesidad de evaluar sus efectos en el mercado. Para llegar a esta conclusión se consideró que si bien el artículo 3 del DL 701 señalaba que debe existir un perjuicio para el interés económico general¹¹⁰, la mencionada norma se refería a un interés económico abstracto, no a un interés concreto, por lo cual no se requería evaluar los efectos de la práctica investigada sobre el mercado¹¹¹.*

109 Esta situación ha sido relatada de modo irónico, pero cierto, por Alfredo BULLARD: *“Luego de trece años de juicio, finalmente la Corte Suprema dio su sentencia final: los polleros concertaron y deben ser sancionados. Ya en primera instancia la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema había declarado que la infracción ocurrió con una reducción no sustancial de la multa impuesta. Los polleros apelaron y el caso (simple y claro) se complicó. De pronto todos los vocales comenzaron a votar en contra de lo decidido por Indecopi. Un total de cinco vocales (con argumentos formalistas que no estaban vinculados al fondo del problema) votaron por anular el caso. Algunos buscaban regresarlo a la primera instancia judicial, otros al mismo Indecopi (se imaginan, 14 años más). Con el partido en contra Indecopi no cejó en su esfuerzo por que el caso se resolviera correctamente. Le volteó el partido a los polleros y se dieron cuatro votos a favor de confirmar lo resuelto en primera instancia y declarar la culpabilidad de las empresas avícolas”*. Ver: <http://blogs.semanaeconomica.com/blogs/prohibido-prohibir/posts/gallina-vieja-da-buen-caldo-el-final-feliz-de-la-concertacion-de-precios-del-pollo#ixzz2I50jLBbA> (visitada el 17 de diciembre del 2012).

110 Cabe precisar que el art. 3 del Decreto Legislativo N°701 establecía lo siguiente: *“Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional”*.

111 QUINTANA, Eduardo. (2011b). Op. Cit., pp. 340-341.

Sin perjuicio de lo positivo del fallo judicial, no debe perderse de vista que las multas aplicadas resultaron aún menores, pues de 2.120 UIT que en conjunto había impuesto el Tribunal, la Corte Suprema señaló que debían reducirse a 1.224 UIT en conjunto.

c. Miguel Ciccía Vasquez E.I.R.L. (CIVA) contra Empresa Turística Mariscal Cáceres S.A. - Mariscal Cáceres (1997)

CIVA suscribió un “Contrato de Servicios de Agencia de Transportes” con Mariscal Cáceres, según el cual esta última se comprometió a permitir el uso de las instalaciones de su terminal terrestre para la venta de pasajes, recepción y entrega de encomiendas, embarque y desembarque de pasajeros de CIVA. Para tales efectos, Mariscal Cáceres acondicionaría un *counter* de venta para que CIVA venda sus pasajes. Por su parte, CIVA se comprometió a pagar la contraprestación correspondiente, así como a respetar el Reglamento Interno y decisiones del responsable de la administración del terminal, siendo el incumplimiento de esta obligación causal de resolución del contrato.

El mencionado Reglamento Interno señalaba las rutas que atendían las empresas usuarias del terminal terrestre, en los siguientes términos:

“Los usuarios, en cuanto al uso de la terminal son cuatro empresas de transporte interprovincial, que posean las siguientes rutas:

- *Transportes Soyuz S.A.: Lima-Ica e intermedios;*
- *CIVA: Lima-Chiclayo y otros puntos al norte y noreste de Chiclayo;*
- *Empresa de Transportes Mariscal Cáceres S.A.: Lima-Huancayo; y,*
- *Expreso Cruz del Sur S.A.: Lima-Chimbote-Trujillo-Chiclayo-Piura-Tumbes, Lima-Ica-Arequipa-Moquegua-Tacna, Lima-Juliaca-Puno-Yunguyo-Sicuani-Cuzco-Cotahuasi-Orcopampa, Lima-Huacho-Barranca.”*

Adicionalmente, contemplaba que: *“Las empresas usuarias al someterse al presente reglamento se comprometen a no hacer uso de las rutas del otro usuario; salvo que mediara acuerdo escrito en el cual una de las empresas concediera a la otra un número determinado de frecuencias, dicho documento formará parte del presente”.*

En cuanto a las tarifas, el Reglamento señalaba que *“... éstas serán determinadas por la administración”* y además indicaba: *“Solo en los casos indicados en el punto décimo segundo, las empresas podrán reducir las tarifas después de haber demostrado tal necesidad con el estudio técnico-económico y obtenido la aprobación por parte de la administración”.*

Si bien entre las rutas asignadas a CIVA por el Reglamento no se preveía la de Lima-Tacna-Lima, esta empresa obtuvo del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda

y Construcción la concesión para brindar servicios en dicha ruta. Luego CIVA puso en conocimiento de Mariscal Cáceres este hecho y comenzó a brindar servicios en esta ruta desde el terminal terrestre. Por ello, Mariscal Cáceres le solicitó que dejara de servir esa ruta, otorgándole un plazo de 72 horas para que retire ese servicio. Dado que CIVA no hizo caso a su solicitud, Mariscal Cáceres le comunicó que ordenaría que se impida el ingreso o salida del terminal a los buses que despachaban la mencionada ruta y además le advirtió que, de persistir, se vería en la obligación de suspender el servicio de todas las rutas de CIVA.

CIVA inició una acción de amparo contra Mariscal Cáceres y ésta dio por resuelto el “Contrato de Servicios de Agencia de Transporte” por incumplimiento de sus obligaciones contractuales, otorgándole un plazo de 30 días para desocupar y devolver el sector del terminal que había arrendado, vencido el cual sus vehículos quedarían impedidos de ingresar. Finalmente, Mariscal Cáceres inició un proceso de desalojo contra CIVA.

CIVA denunció que Mariscal Cáceres incurría en una práctica restrictiva de la competencia a través del Reglamento Interno del terminal que limitaba la operación de las nuevas empresas usuarias en rutas de transporte público de pasajeros atendidas por alguna de las empresas usuarias que ya operaban en el terminal. En particular, denunció que se le impedía trabajar en la ruta Lima-Tacna-Lima, con el propósito de beneficiar a la empresa Expreso Cruz del Sur S.A. que ya tenía asignada esa ruta. Asimismo, se cuestionó que el administrador del terminal fijara los precios del servicio de transporte.

La Comisión consideró que a través del Reglamento del terminal varias empresas de transporte competidoras (que cubrían o podían cubrir las mismas rutas, ya sea total o parcialmente), habían llegado a un acuerdo de reparto de mercado vía la asignación de rutas por empresa y de limitación de operación de servicios con la prohibición de despachar rutas ya asignadas a otros. Sin embargo, la Comisión entendió que dichos acuerdos no constituían una restricción ilegal de la competencia, pues no impedían que CIVA despache otras rutas que tuviera autorizadas, siempre que lo hiciera desde otros terminales. En particular, la Comisión manifestó que:

“Dicho tipo de acuerdos son frecuentes en el mercado cuando empresas que brindan servicios complementarios comparten un mismo espacio físico y, por lo general, se encuentran orientados al logro de una mayor eficiencia –reducción de costos de transacción, nuevos servicios y productos, etc.– y a la generación de competencia a nivel de organizaciones mayores. En tal sentido, no resulta por sí mismo contrario a las normas del Decreto Legislativo N°701, que en el reglamento interno de cualquier terminal terrestre, que agrupa a empresas que cubren rutas diferentes, se establezca una limitación respecto de las rutas que podrán ser atendidas por las empresas desde el referido terminal, pues las empresas son libres de atender otra ruta diferente desde otros terminales. Incluso en algunos casos esta situación puede contribuir a incrementar la competencia”.

En lo que respecta a la fijación de precios, la Comisión señaló que si bien el Reglamento disponía que la administración del terminal fijaría las tarifas, ello no vulneraba las normas de libre competencia, pues sólo se refería a las rutas que eran operadas desde el terminal, sin impedir que CIVA u otra empresa de transporte fijara tarifas diferentes para rutas distintas a las que se despachaban desde el referido terminal, o incluso para las mismas rutas pero despachadas desde otro terminal.

En función de lo anterior, la Comisión declaró infundada la denuncia¹¹². CIVA apeló esta decisión, reiterando los mismos argumentos y señalando que Mariscal Cáceres y las otras empresas que utilizaban su terminal terrestre habían incurrido en un acuerdo de cartel para el reparto de mercado y la fijación de precios.

En apelación, el Tribunal consideró que las cuatro empresas de transporte que operaban en el terminal de Mariscal Cáceres acordaron juntarse para brindar su servicio desde el referido terminal, para lo cual convinieron en repartirse las rutas a ser cubiertas y que la tarifa del servicio sea fijada por la administradora de dicho local. Al respecto, el Tribunal manifestó que ese acuerdo no constituía una infracción al art. 6 del Decreto Legislativo N°701, pues:

“Se puede realizar una distinción entre las restricciones a la competencia: por un lado están las restricciones puras, que son aquellas consideradas per se ilegales, es decir que se prohíben objetivamente, independientemente que pueda o no generar daños al mercado; y, de otro lado están las restricciones accesorias o complementarias”.

Al respecto, el Tribunal señaló que las restricciones se consideran puras cuando el acuerdo no se da para mejorar determinada actividad productiva sino con la única finalidad y efecto de restringir la producción y la competencia. En cambio, las restricciones accesorias o complementarias se enmarcan en situaciones de integración de varias empresas para realizar determinada actividad productiva y, por ende, crean la posibilidad de generar eficiencia y reducir costos en beneficio del consumidor, aún cuando reduzcan la competencia. En este último caso, lo principal no es el acuerdo de fijación de precios o de reparto del mercado, sino el acuerdo de asociación, de *joint venture* o la forma de integración productiva.

Como ejemplo de acuerdos accesorios o complementarios, el Tribunal planteó el caso de un estudio de abogados compuesto por miembros que pueden competir entre sí, pero que acuerdan eliminar esa rivalidad e integran sus actividades con la finalidad de brindar un servicio más efectivo al cliente compartiendo costos. Los abogados participantes del acuerdo pueden establecer una prohibición de trabajar por cuenta propia, repartirse el trabajo por áreas determinadas, y cobrar por sus servicios una tarifa común establecida en conjunto por

112 Resolución N°003-97-INDECOPI-CLC, del 11 de febrero de 1997.

todos. Tal esquema de negocios no debería ser visto como un mecanismo para restringir la producción, sino por el contrario, para competir con otros estudios de abogados o abogados independientes que operan en el mercado. En tal sentido, se entiende que ese estudio de abogados es un contrato de asociación profesional, en el que se establece una tarifa común de forma accesoria y complementaria para hacer viable o más eficiente la asociación. Por ello, el Tribunal concluyó que tales acuerdos no debían ser considerados *per se* ilegales.

Siendo una materia compleja, el Tribunal definió las condiciones que debían verificarse para considerar como accesorios de un acuerdo de integración las medidas que restringen la competencia:

- Deben realizarse como consecuencia de un contrato de integración o de una actividad económica que desarrollan los miembros de forma conjunta, y deben ser capaces de incrementar la eficiencia del grupo integrado y aplicarse dentro de los límites necesarios para lograr dicha eficiencia.
- Las cuotas de mercado correspondientes a cada integrante del acuerdo no deben poner en riesgo la competencia.
- Los integrantes de los acuerdos no deben tener como principal propósito o intención restringir la competencia.

El Tribunal encontró que las tres condiciones se presentaban en el caso materia de denuncia, pues los acuerdos de las empresas de transporte que operaban en el terminal de Mariscal Cáceres contribuían a lograr una mayor eficiencia del servicio brindado, toda vez que permitían ofrecer a los consumidores una mayor variedad de destinos y rutas, brindando un servicio integral. El propósito de las empresas participantes no fue restringir la competencia, sino brindar un servicio más completo y beneficioso para los usuarios desde el terminal. Finalmente, los acuerdos en cuestión sólo restringían la competencia entre las empresas mencionadas respecto de aquellos servicios de transporte interprovincial que eran brindados desde el terminal, con lo que la restricción de la competencia ocasionada no generaba un daño al mercado, en tanto las empresas podían prestar inclusive el mismo servicio desde otro terminal o por cuenta propia.

Consecuentemente, el Tribunal confirmó la decisión de primera instancia y, además, decidió establecer el siguiente precedente de observancia obligatoria sobre los acuerdos accesorios o complementarios¹¹³:

¹¹³ Resolución N°206-97-TDC-INDECOPI, del 13 de agosto de 1997.

Resolución N°206-97-TDC-INDECOPI

“Los acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado serán per se ilegales cuando tengan como finalidad y efectos únicos y esenciales restringir la competencia, es decir cuando sean acuerdos desnudos o puros. Por otro lado, aquellos acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado que sean accesorios o complementarios a una integración o asociación convenida y que hayan sido adoptados para lograr una mayor eficiencia de la actividad productiva que se trate, deberán ser analizados caso por caso a fin de determinar la racionalidad o no de los mismos.

(...) cuando la integración pueda ser beneficiosa pero no sea considerada esencial para llevar a cabo determinada actividad productiva, el acuerdo de integración y los acuerdos accesorios y complementarios que restrinjan la competencia estarán permitidos si reúnen tres características:

- Los acuerdos de fijación de precios o de división de mercado se realizan como consecuencia de un contrato de integración, es decir que los miembros deben estar realizando una determinada actividad económica en forma conjunta. Asimismo, dichos acuerdos deben ser capaces de incrementar la eficiencia del grupo integrado y deben ser aplicados dentro de los límites necesarios para lograr dicha eficiencia.*
- Las cuotas de mercado correspondientes a cada integrante del acuerdo no llevan a determinar que la restricción de la competencia derivada de la integración vaya a ocasionar un daño.*
- Los integrantes de los acuerdos no deben tener como principal propósito o intención restringir la competencia.*

De no presentarse las tres condiciones expuestas anteriormente, el acuerdo será considerado ilegal”.

d. Investigación de oficio contra la Asociación Peruana de Seguros (APESEG) y nueve compañías aseguradoras (2003)

El art. 30 de la Ley N°27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, publicada el 08 de octubre de 1999, prescribe que todo vehículo automotor que circule en el territorio de la República debe contar con una póliza vigente de Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT), que cubre a todas las personas, ocupantes o terceros no ocupantes, que sufran lesiones o muerte, como consecuencia de un accidente de tránsito.

El plazo para que fuera exigible tener el SOAT para vehículos destinados al transporte público de pasajeros, taxis y vehículos de transporte particular y escolar, se fue prorrogando en el

tiempo. No obstante, se definió que los vehículos debían contar con el SOAT a más tardar el 01 de enero del 2003.

De otro lado, el Reglamento sobre Pólizas de Seguro, aprobado mediante Resolución SBS N°52-99, establece como obligación de las compañías aseguradoras, presentar a la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) el proyecto de póliza, el sumario de la póliza, las cláusulas adicionales, la nota técnica y la tarifa de cada uno de los productos de seguros que ofrecen en el mercado.

Mediante Oficio Múltiple N°18538-2001-SBS, del 19 de noviembre del 2001, la SBS comunicó a las compañías de seguros que debían presentar el modelo de calcomanía, póliza y certificado SOAT, así como la tarifa y nota técnica respectivas.

La nota técnica es el sustento técnico de las tasas puras de riesgo –es decir, el costo esperado del riesgo asumido por el asegurador– de los seguros de ramos generales. Se elabora en función a muestreos estadísticos establecidos en forma homogénea y representativa de los riesgos asumidos, utilizando cifras correspondientes a por lo menos cuatro años anteriores al estudio correspondiente, con proyecciones a los dos años siguientes.

Siendo el SOAT un producto nuevo en el mercado, las aseguradoras que conformaban el Comité de Automóviles de la APESEG contrataron al actuario, señor Amadeo Vallejo, para que elabore la Nota Técnica correspondiente al SOAT, a fin de dar cumplimiento a lo requerido por la SBS mediante el Oficio Múltiple N°18538-2001-SBS, tal como consta en el acta de la sesión del Comité de Automóviles del 04 de diciembre del 2001:

*“ACTA N°15/2001
COMITÉ DE AUTOMÓVILES
SESIÓN DEL 04 DE DICIEMBRE DEL 2001
(...)*

1.- NOTA TÉCNICA

En relación con el asunto del rubro, el Presidente indicó que siendo necesario cumplir con las disposiciones legales, se debiera dar respuesta a la brevedad posible al Oficio Múltiple que se había recibido de la Superintendencia de Banca y Seguros, mediante el cual esa institución nos recuerda cumplir con algunos requerimientos como presentar la Nota Técnica antes de iniciar la comercialización del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito.

Después de un intercambio de ideas se acordó:

Encargar al señor Amadeo Vallejo la elaboración de la Nota Técnica que corresponde presentar a cada empresa de seguros que operará en este nuevo seguro, la cual se desarrollará sobre la base de una estadística de mercado que disminuya las desviaciones, por lo que las cifras deberán ser las utilizadas anteriormente en los cálculos para la

implementación de este seguro. El costo de este trabajo será asumido en la forma acostumbrada por cada empresa en las cuentas de la Cámara de Compensación del presente mes. El señor Vallejo deberá enviar el 10 del actual, a la APESEG, las respectivas notas técnicas. Los miembros de este Comité se reunirán al día siguiente de haber recibida (sic) dicha nota técnica, con la finalidad de evaluarlas”.

Posteriormente, en la sesión del Comité de Automóviles del 11 de diciembre del 2001, las empresas aseguradoras aprobaron la Nota Técnica elaborada por el señor Vallejo para el SOAT, según consta en el acta correspondiente:

“ACTA N°16/2001

COMITÉ DE AUTOMÓVILES

SESIÓN DEL 11 DE DICIEMBRE DEL 2001

(...)

SEGURO OBLIGATORIO DE ACCIDENTES DE TRÁNSITO – SOAT

El señor Richard Mauricci señaló que era necesario verificar el cumplimiento de los acuerdos adoptados en sesión del 4 de diciembre pasado, así como tomar aquellas medidas que contribuyan a hacer viable el inicio de operaciones de este nuevo seguro del rubro.

En ese sentido, indicó que era oportuno hacer hincapié en los siguientes temas:

1.- NOTA TÉCNICA

En relación con el asunto del rubro, el Presidente indicó que el señor Amadeo Vallejo nos había remitido la Nota Técnica que había preparado para que los miembros de este Pleno la examinen y aprueben.

El señor Gustavo Cerdeña explicó la metodología y se refirió a las bases estadísticas que se habían empleado para el desarrollo de dicho documento, asimismo, explicó en detalle su estructura.

Después de un intercambio de ideas, se acordó:

Aprobar la elaboración de la Nota Técnica, debiendo la APESEG cumplir dentro del plazo de 24 horas hábiles con el trámite de orden establecido para estos casos, a fin de que se cumpla a la brevedad con las disposiciones sobre el particular”.

Posteriormente, entre el 18 de diciembre del 2001 y el 18 de enero del 2002, ocho aseguradoras presentaron a la SBS su respectiva Nota Técnica del SOAT. Todas estas Notas Técnicas señalaban idénticos porcentajes de recargo por concepto de gestión externa e interna, utilidad y derecho de emisión, es decir, lo que constituía la prima comercial. Siendo ello así, una vez agregadas a dichos conceptos las respectivas primas puras de riesgo y el IGV, las primas finales (denominadas también tarifas o primas de venta) de todas las Notas Técnicas de las aseguradoras resultaban iguales en todas las categorías, como se observa en el siguiente cuadro:

Cuadro N°17
Cuadro comparativo de las Normas Técnicas para el SOAT presentadas por las empresas aseguradoras

| En dólares americanos (US\$) | | | | | | | | |
|------------------------------|----------|-------------|-------------|----------|---------|----------|----------------------|-------------|
| SOAT | Pacífico | Sud América | Wiese Aetna | Generali | Mapfre | Rimac | Royal & Sun Alliance | La Positiva |
| Automóvil | 60,00 | 60,00 | 60,00 | 60,00 | 60,00 | 60,00 | 60,00 | 60,00 |
| Camiones | 150,00 | 150,00 | 150,00 | 150,00 | 150,00 | 150,00 | 150,00 | 150,00 |
| Taxis | 100,00 | 100,00 | 100,00 | 100,00 | 100,00 | 100,00 | 100,00 | 100,00 |
| Ómnibus interprovincial | 1.250,00 | 1.250,00 | 1.250,00 | 1.250,00 | 1250,00 | 1.250,00 | 1250,00 | 1.250,00 |
| Combis | 200,00 | 200,00 | 200,00 | 200,00 | 200,00 | 200,00 | 200,00 | 200,00 |
| Ómnibus urbano | 350,00 | 350,00 | 350,00 | 350,00 | 350,00 | 350,00 | 350,00 | 350,00 |

Fuente: Informe Técnico N° 012-2002-CLC

Posteriormente, en sesión del Comité de Automóviles del 02 de enero del 2002, las empresas aseguradoras acordaron reducir la prima del SOAT correspondiente a automóviles, de US\$ 60 a US\$ 55, como se observa en el acta respectiva:

“ACTA N°02/2002
COMITÉ DE AUTOMÓVILES
SESIÓN DEL 05 DE FEBRERO DEL 2002

(...)

1. SEGURO OBLIGATORIO DE ACCIDENTES DE TRÁNSITO (SOAT).-

El señor Richard Mauricci señaló que el objetivo de esta sesión era determinar la posición de este Comité respecto al planteamiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en relación con el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito - SOAT: Seguidamente, indicó que los temas tratados el jueves último con los asesores de dicho Ministerio giraron en torno a la solicitud que nos hicieron de una reducción de costos del orden del 30%, tema respecto del cual se ofreció profundizar el análisis de los cambios propuestos en las normas del SOAT y hacerles llegar una respuesta conjuntamente con nuestro pronunciamiento sobre su solicitud de cubrir el SOAT dentro de las coberturas de los seguros de automóviles, la cual mereció una respuesta unánime de no aceptación porque ambos seguros tienen una naturaleza distinta y consecuentemente son incompatibles.

(...)

Basados en lo anteriormente expuesto y después de un intercambio de ideas, se acordó:

1. En lo que respecta al seguro de Servicio Particular, reducir como máximo la prima mínima de US\$ 60,00 a US\$ 55,00, lo cual es equivalente a una reducción de 8,33%

*2. En relación con el Seguro de Servicio Público, tomando en consideración su complejidad y con la finalidad de dar una respuesta corporativa al Ministerio, las empresas que operan este riesgo se reunirán el miércoles 6, a las 11, para tomar una decisión sobre el particular.
(...)”.*

Por ello, la Comisión inició una investigación de oficio contra la APESEG y nueve empresas aseguradoras por concertación del precio del SOAT durante el período comprendido entre el 28 de julio del 2001 y el 20 de abril del 2002.

Al evaluar los hechos, la Comisión consideró que si en la sesión del Comité de Automóviles del 05 de febrero del 2002, las nueve empresas investigadas, acordaron de manera conjunta reducir la tarifa del SOAT para automóviles particulares (de US\$ 60 a US\$ 55), también habían acordado fijar el precio del SOAT en US\$ 60. Adicionalmente, la Comisión entendió que lo anterior quedaba corroborado por el hecho que ocho de las nueve empresas comunicaron a la SBS tarifas idénticas, seis ofertaron el SOAT (a través de publicidad) a tarifas similares a las comunicadas a la SBS y, finalmente, cuatro vendieron el SOAT a las referidas tarifas.

A criterio de la Comisión, *“El análisis conjunto de estos medios probatorios, aunado al acuerdo de reducción, de precios del 5 de febrero del 2002, permite inferir que en la reunión del 11 de diciembre de 2001 las empresas investigadas tomaron un acuerdo relativo a la fijación de las tarifas del SOAT correspondientes a seis tipos de vehículos”.*

La Comisión tuvo en cuenta que si bien las nueve empresas investigadas consintieron el acuerdo de precios, una de ellas (Interseguros) no ejecutó el acuerdo pues ni publicó las tarifas ni vendió el SOAT a dicho precio. Sin embargo, la Comisión señaló que ello sólo sería considerado al momento de evaluar la graduación de la sanción, en la medida que el acuerdo de precios se encontraba sujeto a la regla de ilegalidad *per se*, por su sola existencia.

Finalmente, la Comisión también consideró como partícipe de la infracción a la APESEG, pues en su interior no sólo se había adoptado la decisión de contratar a un único actuario y aprobado la Nota Técnica que éste elaboró sino que, además, el gremio había facilitado que las empresas ausentes en la sesión del 11 de diciembre del 2001 tomen conocimiento y presten su consentimiento al acuerdo.

Las investigadas plantearon algunas explicaciones alternativas y trataron de justificar la ausencia de efectos perjudiciales para la competencia. Así, plantearon que la Nota Técnica comunicada a la SBS contenía cálculos puramente referenciales. También señalaron que el mercado del SOAT era incipiente y que las ventas del producto eran aún menores, por lo que el efecto que pudiera haberse causado no era grave.

La Comisión descartó los argumentos anteriores, señalando que los valores consignados en la notificación a la SBS no eran referenciales pues varias empresas habían hecho publicidad del servicio a precios iguales a los montos de las primas finales consignadas en la Nota Técnica remitida a la SBS, y además, un grupo de empresas vendió el SOAT a dichos precios. También señaló que la existencia del acuerdo era independiente de que durante el periodo investigado se hayan registrado pocas transacciones de venta del SOAT, o de que los consumidores recién hubiesen empezado a conocer el mercado.

Por todo ello, los cargos contra las nueve empresas aseguradoras y la APESEG se declararon fundados, y se les impusieron las multas que se señalan más adelante, por haber acordado el precio del SOAT durante el período comprendido entre diciembre del 2001 y febrero del 2002¹¹⁴.

Las compañías de seguros apelaron la decisión de primera instancia, con los siguientes argumentos:

- Las prácticas colusorias deben ser evaluadas aplicando la regla de la razón y no la regla *per se*, atendiendo al art. 3 del Decreto Legislativo N°701, que exige que se verifiquen perjuicios para el interés económico general para determinar la existencia de una infracción, debiéndose atender los antecedentes legislativos de dicha norma (como la Ley de Libre Competencia de Argentina).
- La Nota Técnica presentada a la SBS no contenía los precios del SOAT, sino tarifas referenciales y fue elaborada a raíz de la solicitud del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) para informar sobre los costos del SOAT.
- La similitud en la prima de riesgo se explica al tratarse de un seguro con condiciones determinadas legalmente y dirigido a un mismo grupo de usuarios.
- La reducción de la tarifa respondía a un requerimiento del MTC a las empresas de seguros.
- La APESEG se limitó a servir de nexo entre el MTC y las compañías aseguradoras.

Al pronunciarse sobre la apelación, el Tribunal se alejó abiertamente del criterio de interpretación utilizado por la Comisión y que estaba plasmado en el precedente de observancia obligatoria que se emitió en 1997 al resolver el caso de la concertación en el mercado avícola. En efecto, el Tribunal entendió que las prácticas colusorias entre competidores dirigidas a fijar los precios debían analizarse según los efectos que tuvieran sobre el mercado y no en base al criterio de ilegalidad *per se*. Sin perjuicio de ello, el Tribunal declaró que la APESEG y seis de las empresas aseguradoras habían incurrido en infracción a los art. 3 y 6 literal a) del Decreto Legislativo N°701, al haber concertado el precio del SOAT entre diciembre del 2001 y abril del 2002, liberando de responsabilidad a dos empresas aseguradoras¹¹⁵.

114 Resolución N°025-2002-INDECOPI/CLC, del 11 de diciembre del 2002.

115 Resolución N°0224-2003/TDC-INDECOPI, del 16 de junio del 2003.

En cuanto a la interpretación de las concertaciones de precios, el Tribunal señaló que para la aplicación del Decreto Legislativo N°701 no era de aplicación la regla de ilegalidad *per se* ni la regla de la razón, ya que eran fruto de la creación jurisprudencial de Estados Unidos, no compatible con el sistema jurídico peruano de tradición europea continental.

Asimismo, manifestó que los precedentes de observancia obligatoria establecidos previamente en los casos de la concertación en el mercado avícola (ilegalidad *per se* para los carteles de competidores) y de CIVA contra Mariscal Cáceres (acuerdos accesorios o complementarios) no aclaraban el motivo ni los supuestos de aplicación de la regla *per se*, ni tampoco el límite para la aplicación de la regla de la razón. Además, precisó que dichos precedentes interpretativos no tenían en cuenta el art. 3 del Decreto Legislativo N°701, que requiere una afectación al interés económico general para que se configure una infracción.

Por ello, el Tribunal concluyó que, al amparo del art. 3 del Decreto Legislativo N°701 para calificar como ilegal una práctica colusoria entre competidores, era necesario que fuera capaz de producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia y, además, que se ejecutara en el mercado.

Respecto de la conducta de las investigadas, el Tribunal señaló que la comunicación remitida por varias asegurados a la SBS con las mismas primas para el SOAT no tenía explicación distinta a un acuerdo, en la medida que si las aseguradoras afirmaban que ofrecen servicios diferenciados en función a sus clientes, no se entendía por qué informaron a la SBS sobre *“... márgenes idénticos por concepto de gastos internos, externos y utilidades; y ofrecieron y publicitaron en el mercado dichos servicios con precios de las primas comerciales también idénticos a los consignados en la nota técnica”*.

Sobre lo último, el Tribunal entendió que se había acreditado que Sul América, La Positiva, Mapfre, Royal & Sunalliance, Generali y Pacífico habían ofertado al público precios iguales a las tarifas que se notificaron a la SBS, no sucediendo lo mismo con Interseguro y Wiese Aetna. En tal sentido, las primeras seis empresas habían celebrado el acuerdo de fijación de precios y, además, lo habían ejecutado al ofrecer el SOAT al público a los precios previamente fijados en el seno del Comité de Automóviles de la APESEG, siendo éste el perjuicio al interés económico general. Este perjuicio distorsionó el mercado del SOAT y contribuyó a generar una mayor resistencia del público frente al proceso de implementación de dicho seguro, independientemente del número de ventas efectivas del SOAT. Adicionalmente, el Tribunal señaló lo que sigue:

“Puede observarse que el móvil de las empresas aseguradoras para fijar concertadamente los precios del SOAT no fue contribuir a reducir los costos de acceso a la información requerida para implementar el SOAT, tampoco mejorar la producción o la distribución de este nuevo producto ni fomentar el progreso técnico o económico y menos aún beneficiar

a los consumidores. Por el contrario, el móvil de las empresas aseguradoras fue impedir que se incrementara el grado de competencia en el mercado de seguros de vehículos tradicionales –un mercado existente y en pleno funcionamiento– como consecuencia de la intromisión de un nuevo elemento como el SOAT, fruto de una imposición legal”.

En función de lo anterior, el Tribunal concluyó que siete empresas aseguradoras habían infringido el art. 3 y el literal a) del art. 6 del Decreto Legislativo N°701, al acordar la fijación concertada de precios que no contribuyó a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico. Asimismo, declaró que la APESEG era responsable pues uno de sus órganos, el Comité de Automóviles, adoptó la decisión de aprobar la Nota Técnica con los precios acordados, y también facilitó la adopción del acuerdo. Finalmente, señaló que no se había reunido evidencia suficiente que permitiera probar la ejecución del acuerdo por parte de Interseguros y Wiese Aetna, con lo cual éstas no habían infringido la ley. La decisión del Tribunal incluyó una reducción de las multas impuestas por la primera instancia, como se muestra en el siguiente cuadro:

Cuadro N°18
Multas impuestas a empresas aseguradoras infractoras

| Empresa/Entidad | Comisión (UIT) | Tribunal (UIT) |
|--|----------------|----------------|
| Asociación Peruana de Empresas de Seguros (APESEG) | 20 | 10 |
| El Pacífico Peruano Suiza Compañía de Seguros y Reaseguros | 60 | 40 |
| Generali Perú Compañía de Seguros y Reaseguros | 100 | 28 |
| Interseguros | 5 | -- |
| La Positiva Seguros y Reaseguros S.A. | 100 | 40 |
| Mapfre Compañía de Seguros y Reaseguros | 60 | 35 |
| Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros | 100 | 36 |
| Royal & Sunalliance Seguros Fénix | 80 | 20 |
| Sul América Compañía de Seguros S.A. | 100 | 26 |
| Wiese Aetna | 50 | -- |

Fuente: Elaboración propia

Debe agregarse que al dejar de lado los precedentes de observancia obligatoria establecidos en los casos de la concertación en el mercado avícola y de CIVA contra Mariscal Cáceres, el Tribunal decidió emitir un nuevo precedente de observancia obligatoria para la calificación de las prácticas colusorias entre competidores como conducta ilícita, el cual se cita a continuación en sus partes más saltantes:

Resolución N°0224-2003-TDC-INDECOPI

“1. La calificación de una conducta como restrictiva de la libre competencia y, por tanto, ilegal, requiere que dicha conducta sea capaz de producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia y que la misma se ejecute en el mercado. La capacidad de la conducta para producir el efecto restrictivo de la competencia y su ejecución en el mercado constituye el perjuicio al interés económico general al que se refiere el artículo 3 del Decreto Legislativo N°701, de conformidad con la valoración positiva del instituto jurídico de la competencia contenida tanto en la Constitución Política del Perú como en el Decreto Legislativo N°701(...).

3. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Legislativo N°701, en cuanto al perjuicio al interés económico general, excepcionalmente, y siempre que puedan acreditarse en forma suficiente, precisa y coherente, efectos beneficiosos en la conducta cuestionada que superen el perjuicio a los consumidores y al instituto jurídico de la competencia, dicha conducta será calificada como restrictiva de la libre competencia, pero exenta de reproche y sanción debido a su balance positivo respecto de la afectación del interés económico general.

4. La determinación de los casos excepcionales exentos de reproche y sanción mencionados en el numeral anterior deberán analizarse en cada caso concreto, considerando la concurrencia de los siguientes requisitos de exención:

- si las conductas cuestionadas contribuyen a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, reservando al mismo tiempo a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante;*
- si la conducta restrictiva es el único mecanismo para alcanzar los objetivos beneficiosos señalados en el requisito anterior; y,*
- si aquellas conductas no se convierten de manera indirecta en una forma que facilite a las empresas involucradas eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado en el que participan.*

5. La fijación concertada de precios (...) contraviene directamente la esencia misma del instituto jurídico de la competencia. En consecuencia, para eximir de reproche a dicha conducta se requiere de un análisis calificado muy detenido, exigente y riguroso del cumplimiento preciso e indubitable de todos los requisitos de exención indicados en el numeral anterior”.

De este modo, el Indecopi modificaba una regla de interpretación que había creado para tratar drásticamente a los competidores que incurrieran en conductas sumamente graves para la competencia, los denominados carteles, señalando que estas conductas sólo eran ilícitas si se ejecutaban en el mercado, y en tanto no existieran razones que las justifiquen en términos de mayor eficiencia y beneficio para los consumidores.

Este precedente ha sido dejado de lado en la actualidad. En efecto, con la nueva ley de protección de la competencia vigente desde julio del 2008, es decir, desde la entrada en vigor del Decreto Legislativo N°1034, los carteles son tratados como conductas sujetas a prohibición absoluta, regla equivalente a la ilegalidad *per se*. Así, el Indecopi ha regresado al criterio de interpretación que sanciona de forma más drástica a los carteles de competidores.

e. Investigación de oficio contra la Central Regional de Transporte Público de Pasajeros, Zona Sierra-Ancash, sus representantes y diversas empresas transportistas (2010)

La Central es una asociación de transportistas de la ciudad de Huaraz, que agrupa a varias empresas de transporte.

En agosto del 2008, el Indecopi tomó conocimiento del incremento de precios del servicio de transporte urbano e interurbano de pasajeros en Huaraz a través de los medios de comunicación. La Oficina Regional del Indecopi en Ancash (ORI Ancash) informó a la Secretaría Técnica de la Comisión que había recibido información de una persona vinculada con el sector de transporte en Ancash, sobre las acciones que había adoptado la Central para incrementar los precios.

Posteriormente, la Secretaría Técnica se reunió con la referida persona, quien hizo entrega del Oficio Múltiple N°001-2008-Central de Transp.Hz.C.Hy./P, de fecha 15 de agosto del 2008, en el cual se detallaban los alcances de un acuerdo para incrementar los precios del servicio de transporte¹¹⁶. En este Oficio se señalaba lo siguiente:

116 Cabe mencionar que, en aplicación de sus facultades de investigación de infracciones al Decreto Legislativo N°1034, la Secretaría Técnica otorgó protección a la persona que brindó colaboración para identificar la conducta ilícita, manteniendo en reserva su identidad durante todo el procedimiento, denominándolo únicamente como el "colaborador".

“ASUNTO.- CONCERTACIÓN DEL ALZA DE PASAJE URBANO INTERURBANO EN LA MODALIDAD TAXI-COLECTIVO POR EL INCREMENTO DE COMBUSTIBLE Y OTROS GASTOS DE OPERACIÓN.

(...) la coyuntura social y económico actual nos obliga a dejar de lado las diferencias para dar paso a las coincidencias, a la defensa de intereses comunes; dentro de ellas se encuentra el incremento permanente del costo de operaciones del servicio que ofertamos a los usuarios en el transporte urbano e interurbano de TAXI - COLECTIVO en la provincia de Huaraz (...) por lo que se hace necesario también incrementar el costo del pasaje urbano e interurbano en forma uniforme y que debe de ser acatado por todas las empresas para que los usuarios no tengan motivos de cuestionar el incremento o con el pretexto de que otros cobran menos, consiguientemente, saboteen estos nuevos costos.(...) le comunicamos que a partir del día Sábado 16 de los corrientes todas las empresas aplicarán este nuevo costo. Colectivos: Urbano S/. 0,70. Céntimos, del centro de Huaraz a Essalud S/. 1,00 un nuevo sol, TAXI Urbano S/. 2,50. Nuevos soles.

(...)

Sin otro particular nos despedimos de Ud. seguros de contar con su participación y disposición para atender y cumplir con el propósito expuesto”.

Teniendo en cuenta esta prueba, la Secretaría Técnica inició la presente investigación de oficio, por prácticas colusorias horizontales en las modalidades de acuerdos y decisiones o recomendaciones destinados a la fijación concertada de precios del servicio de transporte urbano e interurbano de pasajeros en la ciudad de Huaraz.

Como parte de la investigación se realizaron visitas de inspección a la Central, donde también se encontraron copias del referido Oficio. Adicionalmente, se hicieron encuestas a distintos transportistas sobre las fechas en que se había dado el incremento de los precios.

De acuerdo con la información que se obtuvo, una parte mayoritaria de los transportistas señaló que los incrementos de precios se produjeron después del 13 de agosto del 2008, lo cual coincidía con la fecha desde la cual empezaría a regir el nuevo precio según el Oficio antes citado. Adicionalmente, se encontró que las empresas miembros de la Central habían efectuado incrementos del precio para el servicio de colectivo y taxi, según lo que se indicaba en el mencionado Oficio y, además, con posterioridad a la reunión que había convocado la Central.

Como defensa, los investigados señalaron que la reunión convocada por la Central tenía otros fines, pero de manera espontánea e imprevista surgió la sugerencia de uniformizar los precios. También señalaron que no había existido premeditación para concertar precios, y más bien el acuerdo se dio en respuesta a las empresas que fijaban sus precios de manera desleal, por debajo de sus costos operativos. Finalmente, se sostuvo que la Central representa sólo el 15% de vehículos en Huaraz.

Al resolver, la Comisión concluyó que *“el comportamiento de las empresas de transporte en Huaraz después de la reunión convocada por la Central fue similar al propuesto en el Oficio de la Central, circunstancia que evidencia la ejecución del acuerdo celebrado entre las empresas investigadas”*.

No obstante, la Comisión verificó que la participación de mercado de la Central era bastante menor que la de los otros agentes. Respecto del servicio de taxi colectivo, determinó que existían 25 empresas que lo brindaban y sólo tres de ellas pertenecían a la Central. Además, en términos del número de vehículos, las empresas pertenecientes a la Central representaban sólo el 11%. En cuanto al servicio de colectivo, identificó que operaban 18 empresas en Huaraz, de las cuales sólo tres pertenecían a la Central; y en número de unidades, esas tres empresas representaban el 19%.

En función de ello, la Comisión concluyó que siete empresas de transporte habían incurrido en un acuerdo de fijación de precios, aunque su impacto no había sido tan grave en el mercado, debido a que:

“(...) las empresas de transporte asociadas a la Central tienen una cuota de mercado poco significativa en el mercado de transporte de pasajeros en la ciudad de Huaraz. En consecuencia, para garantizar la efectividad del acuerdo, era necesario lograr que las empresas de transporte no asociadas a la Central se adhirieran a la práctica colusoria horizontal. De lo contrario, la presión competitiva habría impedido que las empresas de transporte alcanzaran los beneficios extraordinarios derivados del precio concertado”.

Adicionalmente, la Comisión presentó evidencia de que el Oficio no sólo había sido remitido por la Central a sus integrantes, sino también a otras empresas de transporte, por lo cual consideró que la Central y sus directivos habían incurrido en una práctica de recomendación.

Por ello, la Comisión sancionó a las empresas, a la Central y a sus directivos, con las siguientes multas¹¹⁷ (Ver Cuadro N°19):

¹¹⁷ Resolución N°069-2010/CLC-INDECOPI, del 06 de octubre del 2010. Al momento de elaborar el presente trabajo esta decisión se encontraba aún en trámite de apelación ante el Tribunal.



Cuadro N°19
Multas impuestas a empresas de transporte y a la Central

| Empresa/Entidad/Persona Natural | Comisión (UIT) |
|---|-----------------------|
| Mars Soledad E.I.R.L. | 17,1 |
| Empresa de Transportes 12 S.A. | 15,1 |
| Empresa de Transportes Shasho S.R.L. | 8,5 |
| Empresa de Transportes y Turismo 18 S.A. | 8,3 |
| Empresa de Transportes Turismo Huascarán S.R.L. | 5,2 |
| Empresa de Transportes Cordillera Negra 13 S.A. | 2 |
| Empresa de Transportes Suiza Peruana S.R.L. | 0,4 |
| Central Regional de Transporte Público de Pasajeros, Zona Sierra – Ancash | Amonestación |
| Macario Sáenz La Rosa Sánchez | 1 |
| Plácido Condori Ccalla | 1 |
| Gabino Araucano | 1 |

Fuente: Elaboración propia

Actualmente, el recurso de apelación presentado por las investigadas se encuentra pendiente de decisión ante la Sala Especializada en Defensa de la Competencia.

**f. Investigación de oficio contra la Unión de Transportistas de Carga
– Región Ancash Zona Sierra - Unión, seis ex miembros de su
Consejo Directivo, y 72 transportistas (2011)**

El origen de esta investigación se encuentra en la denuncia penal presentada ante la Primera Fiscalía Provincial Penal de Huaraz por el señor Juan Crisolo Molina contra las señoras Ana Huerta, Elvira Toledo Chauca, Elizabeth Huerta Poma y otros, por los delitos de abuso de poder económico y acaparamiento. Esta denuncia penal fue puesta en conocimiento de la Secretaría Técnica el 25 de julio del 2005.

En tal denuncia, se cuestionaba que la Unión impedía la circulación normal de transportistas, restringiendo el ingreso de carga a la ciudad de Huaraz y distorsionando la libre competencia; y que estaba especulando con el precio del flete de Lima a Huaraz y viceversa, aprovechando la mayor demanda de cemento que existía en esa parte del Callejón de Huaylas, consecuencia de lo cual había sido el incremento del precio del servicio en aproximadamente 32%.

Como parte de los documentos adjuntos a la denuncia penal se encontraban los siguientes,

cuyos textos más relevantes se transcriben:

- El Acuerdo de Compromiso del 08 de noviembre del 2004, mediante el cual veinte transportistas de carga pesada decidieron incrementar sus precios por el transporte de cemento a S/. 60 por Tn métrica y S/. 2,50 por bolsa, en la ruta Lima-Huaraz y viceversa, a partir del 08 de noviembre del 2004. Su texto se presenta a continuación:

Acuerdo de Compromiso los transportistas

Fuente: Resolución N°008-2009/ST-CLC-INDECOPI.

ACUERDO DE COMPROMISO

Huaraz, 08 de noviembre del 2004

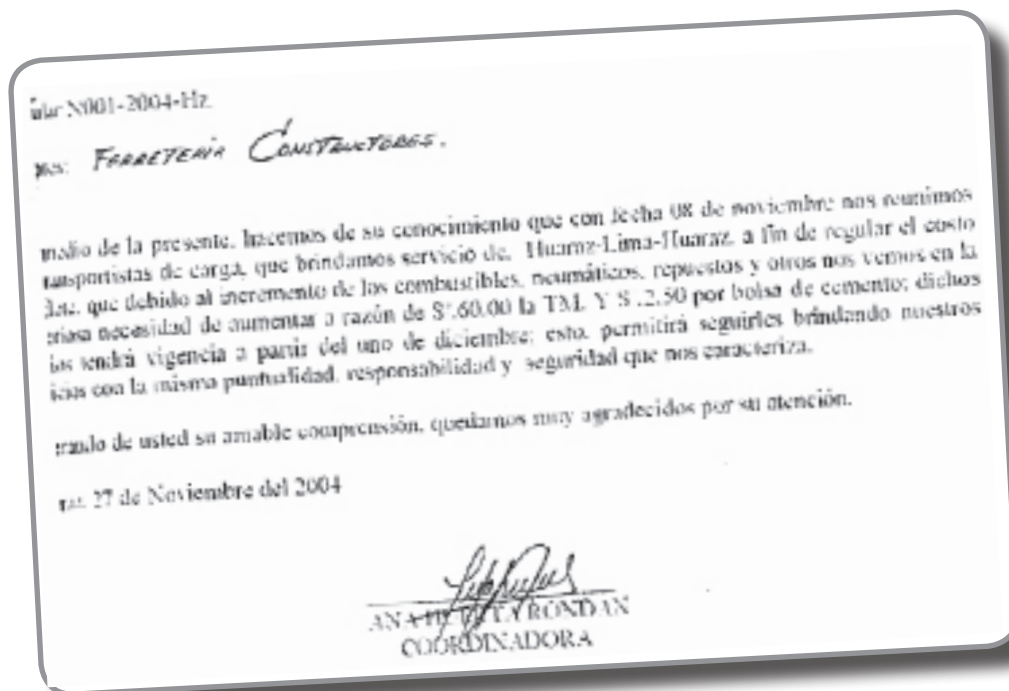
Los Transportistas abajo firmantes que brindamos servicio de Lima - Huaraz y viceversa, consientes de la situación crítica e insostenible que viene atravesando el transporte de carga por el constante incremento de los combustibles, neumáticos, repuestos y otros, nos vemos en la imperiosa necesidad de incrementar el flete a razón de S/. 60,00 TM y la Bolsa de cemento a S/. 2,50 a partir del 08 de noviembre del 2004, pidiendo la comprensión a todos nuestros usuarios.

Solicitamos a todos los firmantes su fiel cumplimiento a la presente, que de hecho redundará a seguir brindando nuestros servicios con la responsabilidad, puntualidad y seguridad que nos caracteriza.

- La Circular N°001-2004-Hz, del 27 de noviembre del 2004, mediante la cual la señora Ana Huerta Rondán, en su calidad de coordinadora de los transportistas antes referidos, comunicó a la Ferretería Constructores la decisión contenida en el Acuerdo de Compromiso, señalando que comenzaría a aplicarse a partir del 01 de diciembre del 2004. El texto de la circular era el siguiente:

Circular N°001-2004-Hz, del 27 de noviembre del 2004

Fuente: Resolución N°008-2009/ST-CLC-INDECOPI.



- El Acta de Constitución de la Unión, del 15 de diciembre del 2004, en la que constaba el acuerdo adoptado por la asamblea de asociados para "regular los precios de tarifa de carga", en los términos señalados:

"Luego de un arduo debate la asamblea acordó regular los precios de tarifa de carga para tal efecto se hizo un análisis de los costos actuales y lo que venían cobrando, a fin de no generar una competencia desleal acordaron unificar los precios de la siguiente manera; entran en vigencia el 20-12-04 Cemento traslado de Lima a: Huaraz dos soles y cincuenta céntimos con 00/100 cms; Carhuaz Dos soles y secenta (sic) y 00/100 céntimos; Yungay y Caraz Dos soles con setenta Céntimos.

*Ladrillo de Lima a: Huaraz Secenta (sic) y cinco nuevos soles con 00/100 cms por tonelada; Carhuaz Setenta Nuevos soles y 00/100 cms; Yungay y Caraz Setenta y cinco nuevos soles y 00/100 cms; la descarga por tonelada será de tres nuevos soles y 00/100 cms. Fierro de Lima a: Huaraz ochenta nuevos soles por tonelada; Carhuaz ochenta y dos nuevos soles; Yungay y Caraz ochenta y cinco nuevos soles.
(...)"*

- El Oficio Circular N°002-2004-UTC-C.H./CD-Hz, del 18 de diciembre del 2004, mediante el cual la Unión comunicó a sus clientes “los acuerdos tomados en cuanto se refiere a las tarifas”, contenidos en el Acta de Constitución según el texto que sigue:

“Solicitamos su comprensión y apoyo, contratando los servicios de nuestros agremiados y respetando las tarifas establecidas; por lo que adjunto al presente le hacemos llegar copia del acta de constitución y los acuerdos tomados en cuanto se refiere a las tarifas que entrarán en vigencia a partir del 20 de Diciembre (sic) del año en curso”.

En vista del grave contenido de los referidos documentos, la Secretaría Técnica inició una investigación por acuerdo de precios¹¹⁸. Como parte del procedimiento, efectuó visitas de inspección sin previo aviso a los locales de la Unión y de los transportistas, y además también requirió información a los investigados. Como parte de la información obtenida por la Secretaría Técnica se encontró vasta evidencia sobre la implementación y pormenores del acuerdo de precios, incluyendo su duración hasta la época del inicio de la investigación.

Como ejemplo de la evidencia antes mencionada, se pueden citar los siguientes extractos de las actas de asambleas de la Unión. En el acta de reunión del 28 de mayo del 2008 se señala:

*“1.- Que, en cuanto a los fletes, rige la Tarifa referencial, que debe ser respetada tanto por los generadores carga como por los transportistas, siendo los precios los siguientes:
Lima – Caraz S/. 4,00 la bolsa de cemento
Lima – Yungay S/. 4,00 la bolsa de cemento
Lima – Carhuaz S/. 3,85 la bolsa de cemento
Lima – Huaraz S/. 3,71 la bolsa de cemento
Lima – Catac S/. 3,41 la bolsa de cemento”.*

En el acta de asamblea extraordinaria del 21 de septiembre del 2008 se encuentra lo que sigue:

*“Se pasó al tercer punto de agenda Informe de la Junta Directiva
La Sra. presidenta, Felicitas Ana Huerta Rondán dijo que es preocupación de todos el incremento de fletes por eso nos hemos reunido en Lima con el Sr. Diego De la Piedra Minetti, gerente general de LA VIGA S.A. y con el ingeniero Owen Cisneros Rafael, gerente general del Consorcio CAF S.A.C. quienes se sienten temerosos por el documento que les han enviado de Indecopi, por tal razón ellos piensan que no es el momento de incrementar los fletes porque el problema del precio de fletes está investigando Indecopi. Sin embargo, el abogado que hemos tomado dice que no hay ningún cuidado porque*

¹¹⁸ Resolución N°008-2009/ST-CLC-INDECOPI del 21 de mayo del 2009. Cabe señalar que la investigación también incluyó como imputación contra los investigados un acuerdo de reparto de clientes, cargo que también fue demostrado en el procedimiento. La revisión del caso que aquí se realiza sólo se refiere al acuerdo de precios.

estamos cobrando los fletes por debajo de la Tabla Referencial (...)”.

En el acta de asamblea extraordinaria del 05 de octubre del 2008 se expresa lo siguiente:

“Se pasó al Segundo punto de agenda:

Informe de la Junta Directiva sobre fletes.

El Sr. Jaime Benites, director de debate dio la palabra a la Sra. presidenta, Felicitas Ana Huerta Rondán, quién informó haber tenido varias reuniones con los representantes de ambos generadores de carga que son: LA VIGA S.A. y el Consorcio CAF S.A.C., pero que había temor de parte de los generadores de carga indicados por la intervención de Indecopi que podría imponerles una multa exorbitante si llegan a enterarse que nos hemos puesto de acuerdo para fijar los nuevos fletes; sin embargo dijo que posteriormente se hará un contrato con los dos generadores de carga y que dicho contrato ya está preparado por el abogado que la junta directiva ha decidido tomar en la ciudad de Lima”.

Dada la contundencia de las pruebas, los investigados plantearon los siguientes argumentos de defensa:

- La fijación concertada del precio no obedeció a la decisión de los transportistas sino a las normas del sector transporte y de tributos, pues el Ministerio de Transportes y Comunicaciones estableció los costos mínimos del servicio de transporte de carga en camión mediante Decreto Supremo N°049-2002-MTC del 30 de diciembre del 2002, y la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), estableció que la Guía de Remisión del Transportista debía consignar los costos mínimos para ser válida, de conformidad con las Resoluciones de Superintendencia N°004-2003/SUNAT y N°005-2003/SUNAT, del 09 de enero del 2003.
- Los precios fijados por los transportistas siempre estuvieron por debajo de los costos mínimos fijados por el MTC.
- Los acuerdos adoptados eran complementarios a otros acuerdos destinados a organizar mejor a los asociados de la Unión e incrementar su productividad.

La Comisión descartó los argumentos anteriores, señalando que los costos mínimos aprobados mediante Decreto Supremo N°049-2002-MTC eran solamente valores referenciales para facilitar la fiscalización tributaria, tal como lo establecía la propia norma, no implicando una obligación de fijar un precio determinado. Asimismo, en comunicado publicado el 31 de enero del 2003, la SUNAT había informado que los transportistas podían ser fiscalizados cuando los ingresos declarados por el transportista fueran menores o inconsistentes con los costos mínimos aprobados mediante Decreto Supremo N°049-2002-MTC. Por ello, según la Comisión:

“... ni los costos mínimos aprobados mediante Decreto Supremo 049-2002-MTC ni la posibilidad de ser fiscalizado por la SUNAT implicaban la obligación del transportista de fijar un determinado precio. En consecuencia, ninguna de estas circunstancias justificaba la fijación concertada del precio del servicio de transporte de carga pesada”.

En cuanto al nivel de los precios fijados por los investigados, la Comisión fue clara en señalar que *“para determinar la existencia de la fijación concertada de precios por parte de los Investigados, resulta irrelevante analizar si los montos de los precios concertados fueron superiores o inferiores a los valores referenciales establecidos por el Decreto Supremo N°049-2002-MTC”.*

Sobre el carácter complementario de los acuerdos, la Comisión manifestó que no se había ofrecido prueba alguna que lo sustente y, más bien, la información existente indicaba que el acuerdo tuvo *“... como único objetivo maximizar los beneficios de los Investigados, extrayendo un mayor excedente de sus clientes, a través de un comportamiento coordinado”*, lo cual se evidenciaba *“... por el hecho de que los Investigados, en reiteradas oportunidades, tomaron acciones destinadas a evitar que los transportistas no asociados pudieran competir con ellos”.*

Como consecuencia de todo lo anterior, la Comisión declaró que los investigados habían incurrido en infracción al Decreto Legislativo N°1034¹¹⁹ a través de un acuerdo de precios, liberando de responsabilidad únicamente a uno de ellos, al encontrar evidencia de que no había participado del acuerdo y se había opuesto a la realización de las conductas infractoras.

Las multas impuestas a los 71 transportistas infractores (incluyendo personas naturales que realizaban la actividad de transporte así como personas jurídicas dedicadas a esta actividad), ascendió a 720,7 UIT. Adicionalmente, se impuso una multa de 1 UIT a cada uno de los seis ex directivos de la Unión, y una amonestación a la Unión¹²⁰.

Actualmente, el recurso de apelación presentado por las investigadas se encuentra pendiente de decisión ante la Sala Especializada en Defensa de la Competencia.

119 Al respecto, la Comisión consideró que si bien las conductas investigadas se había iniciado durante la vigencia del Decreto Legislativo N°701, su ejecución había continuado hasta la entrada en vigor del Decreto Legislativo N°1034.

120 Resolución N°056-2011/CLC-INDECOPI, del 11 de octubre del 2011. Al momento de elaborar el presente trabajo esta decisión se encontraba aún en trámite de apelación ante el Tribunal.



3.2.2 Reparto de Mercado

Cuadro N°20
Prácticas Colusorias Horizontales
Reparto del Mercado

| | |
|--------------------------------|---|
| REPARTO DEL MERCADO | Denuncia de Petróleos del Perú S.A. (Petroperú) contra Rheem Peruana S.A. (Rheem), y Envases Metálicos S.A. (1997). |
| | Investigación de oficio contra Productos Químicos Industriales S.A. (PROQUINSA) y Silicatos SA. en Liquidación (1998) |
| | Investigación de oficio contra Praxair Perú SRL. (Praxair), Aga S.A. y Messer Gases del Perú S.A. (Messer) (2010). |

a. Denuncia de Petróleos del Perú S.A. (Petroperú) contra Rheem Peruana S.A. (Rheem), y Envases Metálicos S.A. (1997)

En este caso Petroperú denunció una concertación de precios y cantidades entre los dos productores de cilindros de acero de 55 galones para envasar aceites lubricantes en el Perú, ocurrida dentro de los concursos llevados a cabo por la empresa denunciante entre octubre de 1995 y marzo de 1996.

El principal indicio de concertación fueron las condiciones de venta ofrecidas por ambas empresas, que eran exactamente las mismas en cuanto al precio mientras que diferían mínimamente en cuanto a la cantidad pese a que, en los concursos previos, las ofertas que ambas empresas presentaron habían sido bastante distintas. Dada la casi identidad de sus ofertas, las dos empresas habían ganado a medias los últimos tres concursos, a diferencia de lo ocurrido en los más de 10 concursos anteriores en los que había ganado una sola de ellas al presentar la oferta más agresiva. La principal información que utilizó la Comisión para realizar su análisis se encuentra en el siguiente cuadro comparativo de ofertas:

Cuadro N°21
Cuadro comparativo de ofertas de productores de cilindros de acero

| Fecha | Requerimiento de Petroperú | Rheem Peruana | | Envases Metálicos | |
|--------|----------------------------|---------------|----------|-------------------|----------|
| | | Precio | Cantidad | Precio | Cantidad |
| abr-92 | 900 | 30,98 | 900 | | |
| abr-92 | 1.000 | 31,83 | 1.000 | | |
| may-92 | 1.000 | 28,82 | 1.000 | | |
| jul-92 | 900 | 28,07 | 900 | | |
| ago-92 | 900 | 28,07 | 900 | 28,00 | 900 |
| dic-92 | 600 | | | 27,85 | 600 |
| dic-92 | 600 | 27,80 | 600 | 27,85 | 600 |
| ene-93 | 600 | 27,70 | 600 | 27,50 | 600 |
| ene-93 | 600 | 27,20 | 600 | 27,50 | 600 |
| feb-93 | 600 | 27,20 | 600 | 26,90 | 600 |
| feb-93 | 600 | | | 26,85 | 600 |
| mar-93 | 600 | 27,20 | 600 | 26,60 | 600 |
| mar-93 | 600 | 27,20 | 600 | 26,55 | 600 |
| mar-93 | 600 | 26,50 | 600 | 26,35 | 600 |
| abr-93 | 600 | 26,00 | 600 | 26,25 | 600 |
| abr-93 | 600 | 23,35 | 600 | | |
| feb-94 | 3.500 | 22,00 | 3.500 | 22,34 | 3.500 |
| mar-94 | 30.000 | 19,95 | 30.000 | 17,95 | 30.000 |
| nov-94 | 10.000 | | | 17,94 | 10.000 |
| ene-95 | 10.000 | 20,50 | 10.000 | 19,50 | 10.000 |
| abr-95 | 20.000 | 17,70 | 20.000 | 18,97 | 20.000 |
| oct-95 | 10.000 | 23,80 | 5.020 | 23,80 | 5.090 |
| feb-96 | 10.000 | 23,80 | 5.100 | 23,80 | 5.090 |
| mar-96 | 10.000 | 23,80 | 5.102 | 23,80 | 5.000 |

Fuente: Informe N°003-97-CLC-INDECOPI

Lo más interesante de este caso fue que no se había encontrado prueba documental alguna que constituyera indicio de una concertación, como sucedió en los otros casos que ya hemos comentado previamente. Si bien la Comisión reconoció este hecho, tuvo en cuenta las inexplicables coincidencias ocurridas en los tres últimos procesos de compra, así como las características propias de tales procesos, señalando lo siguiente:

“... si bien en el presente procedimiento no se ha encontrado una prueba directa que revele la existencia de convenios o acuerdos entre las empresas denunciadas respecto de los precios y/o volúmenes ofertados a Petroperú, existe una serie de hechos coincidentes en el tiempo frente a un mismo comprador ocurridos con posterioridad a una nutrida competencia a nivel de precios, hechos que de ninguna manera parecen responder a una situación de competencia efectiva y que sólo pueden ser explicados como el producto de un acuerdo previo entre las empresas denunciadas”.

En particular, la Comisión analizó el extraño comportamiento que tuvieron las dos empresas denunciadas a partir del proceso de compra adjudicado en octubre de 1995, luego de un largo período de competencia entre ellas a través de la reducción paulatina de precios:

“(...) los hechos que permiten concluir la existencia de un comportamiento anticompetitivo en el presente procedimiento se produjeron exactamente desde la solicitud de cotización realizada por Petroperú en octubre de 1995. En primer lugar, las dos empresas denunciadas modificaron simultáneamente los precios cotizados a Petroperú en octubre de 1995. En segundo lugar, el precio cotizado por ambas empresas en octubre de 1995 y luego en las dos oportunidades posteriores –febrero y marzo de 1996– fue totalmente idéntico, es decir, de US\$ 23,80 dólares americanos por unidad. En tercer lugar, tanto Rheem como Envases Metálicos S.A. presentaron su oferta reduciendo el volumen de cilindros ofrecidos a una cifra casi equivalente al 50% de los requeridos por Petroperú, en los tres pedidos que esta empresa realizó consecutivamente. A esta suma de coincidencias se debe agregar que en los tres años anteriores dichas empresas habían presentado sus ofertas a Petroperú por el total de cilindros requeridos y en una clara situación de competencia por precios.

Los hechos señalados, que ocurridos aisladamente y en forma esporádica, no constituirían prueba sobre una concertación, cuando se producen reiteradamente -por tres veces consecutivas en sólo seis meses- dentro de un proceso de adquisición de carácter cerrado y confidencial en el que la única posibilidad de conocer las ofertas es al momento de la apertura de los sobres y finalmente donde las dos únicas empresas que producían los bienes requeridos por Petroperú habían estado compitiendo a nivel de precios de forma mantenida por tres años seguidos, sí constituyen evidencia clara de la existencia de una concertación de las empresas denunciadas respecto de las propuestas de venta de cilindros de 55 galones presentadas a Petroperú a partir de octubre de 1995”.

En función de lo anterior, la Comisión concluyó que no existía otra explicación alternativa a los hechos ocurridos en los tres últimos procesos de compra llevados a cabo por Petroperú, que no fuera la existencia de una concertación de precios entre las empresas denunciadas. Por ello, las sancionó con una multa de 20 UIT a cada una¹²¹.

Las empresas sancionadas apelaron la decisión de primera instancia, cuestionando que se les hubiera declarado culpables sin que existan mayores indicios de la concertación que se les imputó. Asimismo, una de ellas manifestó que durante el periodo investigado le había sido imposible ofertar la totalidad del pedido de Petroperú, puesto que debía abastecer a sus demás clientes.

El Tribunal revisó los hechos nuevamente y coincidió con el análisis realizado por la Comisión, reforzando la evaluación conjunta de las extraordinarias coincidencias encontradas. Además, señaló que tales coincidencias no sólo eran inexplicables, sino que cumplían con las dos condiciones necesarias para maximizar los beneficios de los infractores en un acuerdo de reparto de ventas:

“Así, se desprende que los procesos por competencia convocados por Petroperú, se llevaban a cabo en estricta confidencialidad, con lo cual ninguno de los postores tenía la posibilidad de conocer las ofertas presentadas por los demás antes de la apertura de los sobres. (...). El simple hecho de que se haya dado una coincidencia exacta de precios es un elemento importante que permite presumir la existencia de un acuerdo. Nótese que en los tres años anteriores nunca se había producido una coincidencia exacta en los precios. (...). Pero la coincidencia no se dio sólo con respecto al precio. Las cantidades ofrecidas por ambas empresas cambian súbitamente. Los años anteriores cada una ofrecía el íntegro del monto pedido por Petroperú en cada ocasión. Sin embargo, en los tres procesos de adquisición referidos y en los que se produce la igualdad de precios, ambas empresas reducen el monto ofrecido a aproximadamente el 50% del monto solicitado por Petroperú en cada caso.

Estos datos son consistentes con la existencia de un acuerdo y reflejan coincidencias extraordinarias que difícilmente pueden ser explicadas por razones diferentes. En caso se produjera una concertación que busque repartirse la venta entre ambas empresas deberían cumplirse precisamente las dos condiciones para maximizar la utilidad de las dos empresas en el proceso: (i) el precio debe ser el mismo para evitar que una oferta sea preferida sobre la otra; y (ii) las cantidades deben ser cercanas al 50% de manera que al otorgar la buena pro, deba dividirse la misma entre las dos empresas involucradas en partes prácticamente iguales.

La sucesión de coincidencias y su perfecta consistencia con un acuerdo que maximice la utilidad de ambas en el contexto de una repartición del mercado, constituyen elementos

121 Resolución N°004-97-INDECOPI-CLC, del 21 de febrero de 1997.

de prueba que crean convicción en la Sala sobre la existencia de un acuerdo entre las empresas denunciadas”.

Sin perjuicio del referido análisis, el Tribunal se avocó también a confrontar las explicaciones alternativas de los hechos que habían planteado las empresas sancionadas, estableciendo que dichas explicaciones no eran ciertas:

“Las partes han alegado que la coincidencia en los precios es explicable por una coincidencia en los costos de fabricar los cilindros. Sin embargo dicha explicación es totalmente inconsistente con la información disponible en el expediente. Los precios fueron siempre diversos en las ofertas formuladas en procesos anteriores convocados por Petroperú y no existe ningún elemento de juicio aportado por las denunciadas que demuestre la existencia de algún hecho o factor que llevara a que, a partir de octubre de 1995, se produjera una igualación exacta de los costos de ambas empresas y menos aún que dicha estandarización se refleje en los precios. A mayor abundamiento, luego de esa fecha, los precios a los que ofrecieron cilindros de idénticas características a otros clientes distintos a Petroperú no coinciden con el precio ofrecido a esta última empresa. Si una estructura de costos idéntica explicara la identidad de los precios, estos precios serían idénticos para los demás clientes de esas empresas en el mercado, lo que no ocurre en la información disponible obtenida de las propias empresas.

En cuanto a la casi identidad de las cantidades ofrecidas a Petroperú que reflejan en cada caso el 50% del monto de cilindros solicitado (...) ha sido explicada por las empresas en el hecho de que existían otros clientes en el mercado y en que Petroperú se atrasaba en el pago, por lo que nos les convenía cubrir el íntegro del pedido, debiendo dejar capacidad de producción libre para cubrir otros posibles pedidos de otros compradores que sí pagaban puntualmente.

Las empresas no han presentado prueba alguna que permita demostrar sus afirmaciones en este aspecto. No se ha acreditado el efecto del pedido de Petroperú en su capacidad de cubrir pedidos de otros clientes (...).

En los mismos meses mencionados, Envases Metálicos atendía los pedidos de sus otros clientes, los mismos que (...) no han sufrido cambios significativos respecto de los pedidos realizados en el período investigado.

La situación de Rheem no es muy distinta. (...) En los mismos meses mencionados, Rheem atendía lo pedidos de sus otros clientes, los mismos que tampoco han sufrido cambios significativos respecto de los pedidos realizados en el período investigado (...).”

El descarte de explicaciones alternativas efectuado por el Tribunal en este caso es un buen ejemplo del denominado “análisis contra fáctico”, a través del cual la hipótesis de concertación se confronta con los posibles contra indicios o explicaciones alternativas identificados o que puedan plantear las empresas investigadas. Solamente cuando la referida hipótesis resulta la única explicación razonable para el comportamiento de los agentes en el mercado,

luego de haber descartado las explicaciones alternativas, puede concluirse que existió una concertación de competidores.

En el presente caso, el análisis contra fáctico desarrollado por el Indecopi no sólo fue contundente, sino que reforzó adecuadamente la carencia de indicios documentales que refirieran o permitieran deducir un acuerdo previo entre las empresas investigadas.

Consecuentemente, el Tribunal confirmó la decisión condenatoria de primera instancia, así como las sanciones impuestas¹²².

b. Investigación de oficio contra Productos Químicos Industriales S.A. (PROQUINSA) y Silicatos S.A. en Liquidación (1998)

En este caso se investigó el mercado de venta de silicato de sodio (calidad 2,0 y 1,6), producto utilizado básicamente para la elaboración de detergentes y que carece de sustitutos cercanos. En este mercado sólo participaban las dos empresas investigadas hasta septiembre de 1994; luego ingresó un tercer competidor, generando una recomposición de la participación de las empresas y un período de competencia que fue identificado por ellas como de “guerra de precios”.

Sobre el comportamiento de las empresas en el mercado, se encontró que las investigadas habían registrado precios bastante similares desde abril de 1993 hasta noviembre de 1994 y, a partir de diciembre de 1994 hasta la fecha en que Silicatos S.A. dejó de operar, los precios de ambas registraron una mayor diferenciación respecto del período anterior.

En cuanto a volúmenes de venta de silicato de sodio (calidad 2,0) así como ingresos percibidos por las ventas a los principales consumidores desde abril de 1993 hasta diciembre de 1994, tanto Silicatos como Proquinsa registraron volúmenes e ingresos bastante similares.

La Comisión consideró que ese comportamiento de mercado reflejaba un acuerdo de fijación de precios y de reparto de mercado, por lo cual buscó si existían indicios que sustentaran esa hipótesis. Su búsqueda no fue en vano, pues identificó diversos detalles sobre intercambios de información sensible entre las empresas investigadas, que permitían inferir la existencia del referido acuerdo.

Así, por ejemplo, consideró como indicio de concertación que en una carta dirigida por PROQUINSA a un cliente haciéndole una cotización del producto, se hallara engrapada la boleta que conformaba su remisión exitosa vía fax y que el número de fax impreso en dicha boleta no fuera el del referido cliente sino el de Silicatos. Esto indicaba que las empresas intercambiaban información que tiene carácter reservado.

¹²² Resolución N°255-97-TDC/INDECOPI, del 22 de octubre de 1997.

También se consideró como indicio de una concertación que en dos cotizaciones privadas de PROQUINSA a clientes (las mismas que contaban ya con sello de recepción de éstos) se encontrara anotado a mano lo siguiente: "Atn: Sra. Linda". Este no era el nombre del funcionario del cliente que era destinatario de la cotización, pero coincidentemente existía una alta funcionaria de Silcatos que se llamaba Linda Ríos. Además, luego de las indagaciones realizadas por la Comisión, se encontró que ningún funcionario ni empleado de PROQUINSA respondía a ese nombre en el período investigado.

Otro indicio tomado en cuenta por la Comisión fue el texto manuscrito en el reverso de una carta de fecha 24 de agosto de 1994, a través de la cual Silcatos comunicó a Procter & Gamble que estaba en capacidad de suministrarle el producto a un precio de S/. 565 la tonelada métrica. El referido texto manuscrito era el siguiente: *"precio que se indica en la carta de S/. 565,00 fue coordinado x J de C y B. Alecchi"*, siendo que los gerentes generales de Silcatos y de PROQUINSA eran José de Cárdenas y Bruno Alecchi, respectivamente.

Texto manuscrito en el reverso de carta de fecha 24 de agosto de 1994

J. Inf Champ
11 de octubre
R = 1.6
e.s. 631 K.
Sd. 643 K.
+ precio que se indica en la carta
de S/. 565.00 fue coordinado
x J de C y B. Alecchi
J. de Cárdenas

Fuente: Resolución N°020-97-INDECOPI/CLC

En función de lo anterior, la Comisión estimó que la documentación que contenía indicios como los ya mencionados, demostraba un intercambio poco común de información sensible entre las empresas investigadas. Dicho intercambio de información se daba dentro de un mercado donde las transacciones no eran de carácter cotidiano sino que respondían a solicitudes específicas y eventuales de consumidores industriales especializados, y donde las ventas eran directas, sin intermediarios o distribuidores que pudieran ser una vía para difundir listas de precios y otras condiciones de venta.

Consecuentemente, la Comisión concluyó que por lo menos desde agosto de 1993 hasta octubre de 1994, PROQUINSA y Silicatos concertaron precios y se repartieron los clientes o, más precisamente, los volúmenes demandados por cada cliente. Por ello, las sancionó con una multa de 25 UIT cada una¹²³.

En apelación, el Tribunal confirmó la decisión de primera instancia en cuanto a la infracción constituida por la concertación de precios desde agosto de 1993 hasta octubre de 1994, aunque revocándola en cuanto al reparto de mercado, respecto del cual señaló que no había evidencia suficiente que demuestre tal comportamiento. Finalmente, confirmó también las sanciones impuestas a cada empresa infractora¹²⁴.

c. Investigación de oficio contra Praxair Perú S.R.L. (Praxair), Aga S.A. y Messer Gases del Perú S.A. (Messer) (2010)

El origen de este procedimiento se remonta a enero del 2003, cuando el Seguro Social de Salud (EsSalud) informó al Sistema Nacional de Control la existencia de reiteradas coincidencias en las propuestas económicas presentadas por Praxair, Aga y Messer en las licitaciones públicas llevadas a cabo por aquella entidad en los años 1999, 2000 y 2001 para la adquisición de oxígeno medicinal líquido y gaseoso, a nivel nacional. Según EsSalud, tales coincidencias indicarían un reparto geográfico del mercado de suministro de oxígeno medicinal.

Algunos años después y luego de la investigación preliminar realizada, la Comisión decidió iniciar una investigación de oficio contra Praxair, Aga y Messer por presuntas prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de reparto de mercado, en los procesos de selección convocados por EsSalud para la adquisición de oxígeno medicinal líquido y gaseoso, a nivel nacional, durante el periodo comprendido entre enero de 1999 y junio del 2004, infracción tipificada en el art. 6 del Decreto Legislativo N°701¹²⁵.

De forma parecida a lo ocurrido en el procedimiento contra Rheem y Envases Metálicos, en este caso no se encontró prueba documental que permitiera identificar la existencia de una concertación. Sin embargo, la Comisión sustentó su análisis en las ofertas presentadas por los postores, las características de los procesos de compra, y la modificación del comportamiento de las empresas a raíz de eventos externos derivados del cambio en el diseño de las licitaciones por parte de EsSalud.

123 Resolución N°020-97-INDECOPI/CLC, del 25 de agosto de 1997.

124 Resolución N°0082-1998-TDC/INDECOPI, del 25 de marzo de 1998.

125 Resolución N°003-2008-INDECOPI/CLC, del 25 de enero del 2008.

Los hallazgos que sirvieron de sustento de la investigación consideraban, entre otros puntos, lo siguiente:

- Las empresas investigadas obtuvieron la buena pro en zonas distintas (de una menor dimensión) a sus respectivas áreas de influencia, las cuales estaban determinadas por la ubicación de sus plantas de producción, las características del territorio nacional y las especificidades de los procesos de selección realizados por EsSalud.
- Repetidamente, las adjudicaciones de la buena pro determinaron que Aga proveyera la zona norte del país, Messer la zona centro, y Praxair las zonas sur y Lima, con precios cercanos al 110% del valor referencial establecido por EsSalud. Paralelamente, las empresas perdedoras se auto descalificaban al ofertar precios superiores al 110% del valor referencial en las zonas que alguna de las otras ganaba.
- Las empresas investigadas poseían la suficiente capacidad de producción para satisfacer la demanda total de oxígeno de EsSalud.
- Luego de cinco años, las empresas investigadas empezaron a adjudicarse la buena pro en nuevas zonas y a precios cercanos al 70% del valor referencial.

La defensa de las empresas investigadas se sustentó, en mayor o menor medida, en los argumentos que se describen a continuación:

- La presentación de ofertas superiores al 110% del valor referencial se debió a la implementación de una estrategia de *signalling*, cuyo propósito fue indicar a EsSalud que los valores referenciales establecidos en cada proceso se encontraban por debajo de lo esperado.
- La caída del precio del oxígeno medicinal en los procesos posteriores a junio de 2004 fue consecuencia de los cambios de diseño de las bases de las licitaciones efectuados por EsSalud, cambios que provocaron un incremento en el número de empresas competidoras.
- El mercado objeto de análisis debía ser más amplio, considerando la sustituibilidad del oxígeno medicinal con el producido por el sistema PSA, la alta elasticidad de la oferta de las empresas que cuentan con el sistema ASU y la existencia de importaciones.
- La modalidad de subasta a sobre cerrado reduce la probabilidad de llevar a cabo una concertación, pues elimina los mecanismos efectivos de supervisión y control.

Ante la ausencia de prueba documental que permitiera inferir directamente la existencia de una concertación, la Comisión evaluó el comportamiento de las empresas investigadas en los distintos procesos de compra organizados por EsSalud, tanto en el período en que consideraba que se había dado la concertación como posteriormente. En particular, la Comisión expuso lo siguiente:

"(...) no es necesario encontrar una prueba directa, como un documento firmado o la grabación de una reunión, para acreditar que determinadas empresas acordaron restringir la competencia sino que basta con que los indicios y presunciones determinados por la autoridad de competencia permitan comprobar la existencia de una práctica concertada. Una herramienta útil en el análisis de indicios y presunciones consiste en el denominado 'event-analysis', mediante el cual, a partir de un hecho exógeno, es posible demostrar la conducta anticompetitiva de los agentes investigados. Cabe resaltar que este análisis supone la exogeneidad del evento respecto del comportamiento de los agentes investigados pues, de lo contrario, estos podrían anticipar y ajustar sus expectativas o comportamientos, principalmente, aquellos relacionados a precios y cantidades ofertadas. En el presente caso, no se cuenta con pruebas directas de la existencia de un acuerdo para repartirse el mercado entre las empresas investigadas. Por lo tanto, para identificar o descartar la existencia de una práctica concertada, se recurrirá a los sucesos de los medios probatorios constituidos por los indicios y presunciones. Asimismo, se utilizará el denominado 'event analysis' para evaluar el comportamiento de las empresas investigadas ante el cambio implementado por EsSalud en la forma de organizar su demanda de oxígeno medicinal a partir de la Licitación Pública 0199L00052 (septiembre, 2002)".

En función de lo anterior, la Comisión dividió los procesos en dos períodos. El primer período comprende desde la licitación de agosto de 1998 a las adjudicaciones de septiembre del 2001 (incluye tres licitaciones y algunas adjudicaciones directas al final), y el segundo, desde la licitación de septiembre del 2002 hasta la licitación de noviembre del 2005 (incluye tres licitaciones y varias adjudicaciones intermedias). Para distinguir ambos períodos se tuvo en cuenta la modificación de las condiciones de las Bases de las Licitaciones desde el 2002, al incrementarse el número de ítems por el que las empresas podían competir y reducirse la cantidad requerida de cada uno de esos ítems (la finalidad fue facilitar que se presentaran nuevos postores). Este cambio fue considerado por la Comisión como un evento exógeno a los proveedores habituales de oxígeno (es decir, las tres empresas investigadas) que modificó las características del mercado y los incentivos para competir.

Cuadro N°22
Procesos de selección convocados por EsSalud durante el período de análisis

| Periodo | Proceso | Convocatoria | Periodo de Suministro | Otorgamiento de la buena pro | Volumen de mandado (m³) | Valor referencial (\$/.) |
|------------------------|-----------------|--------------|---------------------------------|------------------------------|---|--------------------------|
| Primer Periodo | 018-IPSS-98 | Nov-98 | Enero 1999 a Diciembre 1999 | Ene-99 | Gaseoso: 758 867,02 Líquido 1 609 426,00 | 11.352.999,30 |
| | 053-ESSALUD-99* | May-00 | Julio 2000 a Junio 2001 | Jun-00 | Gaseoso: 1 704 187,96 Líquido 971 937,07 | 14.074.870,65 |
| | 0199-L00051 | Jul-01 | Desierto | Set-01 | Gaseoso: 348 148,00 Líquido 406 920,00 | 5.634.845,81 |
| | Adjudicaciones | Sep-01 | Octubre 2001 a Noviembre 2002 | *** | Gaseoso: 502 565,00 Líquido 721 305,00 | 29.250.185,13 |
| Segundo Periodo | 0199-L00052 | Sep-02 | Noviembre 2002 a Noviembre 2003 | Nov-02 | Gaseoso: 1 099 711,00 Líquido 2 029 220,00 | 17.654.195,95 |
| | Adjudicaciones | Oc-03 | Noviembre 2003 a Julio 2004 | *** | Gaseoso: 307 223,95 Líquido 1 190 490,73 | 10.702.479,43 |
| | 0399-L00091 | Abr-04 | Junio 2004 a Junio 2005 | Jun-04 | Gaseoso: 1 351 991,00 Líquido 1 267 836,00 | 15.024.068,44 |
| | Adjudicaciones | Jun-05 | Julio 2005 a Enero 2006 | ... | Gaseoso: 223 913,00 Líquido 54 811,00 | 926.012,40 |
| | 0599-L00081 | Nov-05 | Febrero 2006 a Febrero 2007 | Ene-06 | Gaseoso: 1 606 205,00 Líquido 2 362 515,00 | 11.751.275,30 |

* Este proceso consta de tres convocatorias. En ese sentido, tanto el volumen del mandado como el valor referencial corresponden a lo que efectivamente se requiere

*** En tanto las adjudicaciones se dan a nivel nacional y de manera independiente, no avisa una fecha conjunta de otorgamiento de la Buena Pro.

Fuente: EsSalud Elaboración: Secretaría Técnica.

Según la evaluación realizada, durante el primer período, la participación de las empresas investigadas en los procesos de compra mostró reiteradas coincidencias poco comunes. En las dos primeras licitaciones del período (1998 y 2000) las empresas presentaron ofertas muy cercanas al 110% del valor referencial establecido por EsSalud en todas las zonas en las que obtuvieron la buena pro, mientras que en las zonas donde no obtuvieron la buena pro se debió a que no se presentaron o presentaron ofertas superiores al 110% del valor referencial, quedando así descalificadas automáticamente. En la tercera licitación (2001) todas las empresas coincidieron en abstenerse de participar, informando a EsSalud que los precios referenciales previstos no eran suficientes, quedando desierto el proceso. Luego se dieron adjudicaciones directas (2001), en las que las empresas investigadas lograron la buena pro de las zonas que venían atendiendo en los años previos.

Cuadro N°23
Ganadores de la buena pro durante el primer período
(Oxígeno medicinal líquido y gaseoso)

| Zona | Entidad | LP 018IPSS98 (Nov. 1998) | LP 053 EsSALUD-99 (May. 2000) | LP 0199L00051 (Jul. 2001) | Adjudicaciones (Sept. 2001) |
|-------|-------------------------------|-----------------------------|----------------------------------|------------------------------|--------------------------------|
| Norte | H.N.A. Aguinaga | A | A | Desierto | - |
| | G.D. Lambayeque | A | A | | A |
| | G. D. Piura | A | A | | A |
| | G.D. Tumbes | A | A | | A |
| | G.D. Amazonas | A | A | | A |
| | G.D. Cajamarca | A | A | | A. C. |
| | G.D. San Martín | A | A | | A |
| | G.D. Ancash | A | A | | A |
| | G.D. La Libertad | A | A | | A |
| | Inst. Peruano de Oftalmología | A | | | - |

| Zona | Entidad | LP 018IPSS98 (Nov. 1998) | LP 053 EsSALUD-99 (May. 2000) | LP 0199L00051 (Jul. 2001) | Adjudicaciones (Sept. 2001) |
|--------|------------------------|-----------------------------|----------------------------------|------------------------------|--------------------------------|
| Centro | G.D. Huánuco | M | M | Desierto | M |
| | G.D. Junín | M | M | | M |
| | G.D. Pasco | M | M | | M |
| | G.D. Huancaavelica | M | M | | M |
| | G.D. Ucayali | M | -- | | -- |
| Sur | H.N.A. del Sur | P | P | Desierto | -- |
| | G.D. Apurímac | P | P | | P.OC |
| | G.D. Ayacucho | P | P | | P.OM |
| | G.D. Ica | P | P | | P |
| | G.D. Cusco | P | P | | P |
| | G.D. Madre de Dios | P | P | | -- |
| | G.D. Puno | P | P | | P |
| | G.D. Arequipa | P | P | | P |
| | G.D. Moquegua | P | P | | P |
| | G.D. Tacna | P | -- | | P |
| Lima* | H.N.E. Rebagliati M. | P | P | Desierto | P |
| | H.N.G. Almenara I. | P | P | | P |
| | G.D. Lima | P | P | | P |
| | Centro de Hemodiálisis | P | P | | -- |
| | G.D. Loreto | -- | -- | | -- |
| | G.C. Programas | -- | P | | P |

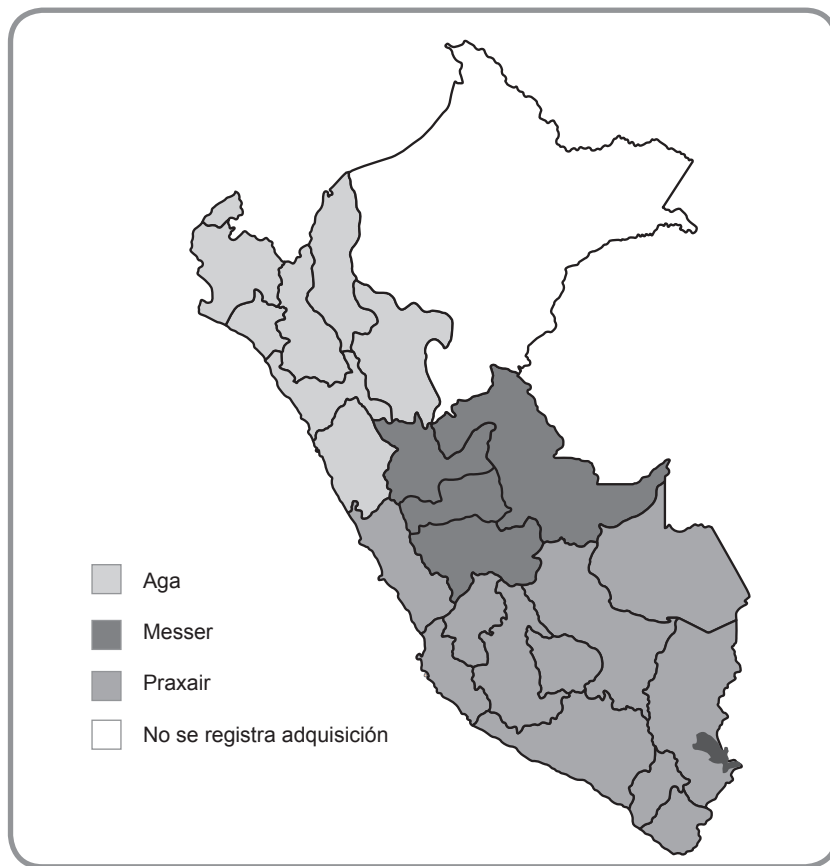
* Cabe precisar, inicialmente, la G.D. Loreto estaba incluida en el presente ítem.

A: Aga OM: OXYMAM C: Caxamarca P: Praxar M: Messer - : No disponible O: Oxycusco

Fuente: EsSalud Elaboración: Secretaría Técnica.

El resultado de este comportamiento, según la Comisión, fue que en el primer período cada empresa logró tener el abastecimiento exclusivo de todos los departamentos de una zona del Perú: Praxair la zona Lima y sur, Aga la zona norte, y Messer la zona centro, tal como se muestra en el siguiente mapa (ver Gráfico N°27):

Gráfico N°27
Ganadores de la buena pro durante el primer período, por zona geográfica



Fuente: EsSalud
Elaboración: Secretaría Técnica

En la interpretación de la Comisión, los resultados de los procesos de compra llevados a cabo por EsSalud eran consistentes con la existencia de una concertación entre las investigadas con el objetivo de repartirse el mercado. En particular, la Comisión afirmó que:

“(...) la forma en que una de las empresas investigadas obtenía la Buena Pro con un precio cercano al máximo permitido (110% del valor referencial) y las otras dos no ganaban, ofreciendo precios superiores al 110% (auto descalificándose) o no presentando ofertas, es consistente con la existencia de una práctica restrictiva de la competencia en la modalidad de reparto geográfico de mercado. En efecto, la garantía de que no habría competencia efectiva (representada por la estrategia de auto descalificación o no presentación de ofertas) permitía a las empresas investigadas extraer el máximo excedente de EsSalud. Al respecto, cabe recordar que es propio de los esquemas de reparto geográfico de mercado que cada uno de los agentes económicos involucrados en el acuerdo actúe como si se tratara de un monopolio regional en la zona que le ha sido asignada por el cartel”.

En el segundo período, EsSalud introdujo la modificación en el diseño de las licitaciones, permitiendo que participaran otros proveedores como Oxycuzco y Oxyman, con el objetivo de dar lugar a mayor competencia. En este período existió inicialmente coincidencia en el comportamiento de las empresas investigadas, pues todas continuaron abasteciendo las zonas que tradicionalmente habían atendido, pero luego todas participaron y ganaron procesos para abastecer zonas en las que antes no habían ganado.

Así, en la primera licitación (2002) las empresas lograron mantener el abastecimiento de la zona que tradicionalmente atendían, pero empezaron a participar en todos los procesos, aunque fuera con ofertas no competitivas (es decir, dejaron de abstenerse de participar o de presentar ofertas superiores al 110% del precio referencial). Luego se dieron adjudicaciones directas (2003) en las que las tres empresas mantuvieron el abastecimiento de sus zonas tradicionales.

En la segunda y tercera licitación (2004 y 2005) las empresas ya no siguieron el patrón de comportamiento que habían tenido en los cinco años previos, empezando a presentar ofertas competitivas y a adjudicarse la buena pro de procesos para atender zonas en las que antes no habían ganado y con precios cercanos al 70% del valor referencial establecido por EsSalud. Como muestra de lo anterior, se incluye a continuación el comportamiento de las empresas investigadas en los procesos del 2005.

Cuadro N°24
Adjudicaciones convocadas en junio del 2005

| Tipo | Zona | Entidad | Volumen (m³) | Valor Adjudicado (S/. X m³) | Ganador |
|---------|--------|--------------------|--------------|-----------------------------|---------|
| GASEOSO | NORTE | G.R.A. Lambayeque | | | |
| | | G.D. Piura | | | |
| | | G.D. Tumbes | | | |
| | | G.D. Amazonas | | | |
| | | G.D. Cajamarca | | | |
| | | G.D. San Martín | | | |
| | | G.D. Ancash | 700,00 | 3,81 | M |
| | | G.D. La Libertad | 18.294,00 | 3,59 | M |
| | CENTRO | G.D. Huánuco | 2.250,00 | 3,81 | A |
| | | G.D. Junín | 4.789,00 | 2,67 | P |
| | | G.D. Huancavelica | - | - | - |
| | | G.D. Pasco | 2.060,00 | 3,81 | A |
| | SUR | G.D. Apurímac | - | - | - |
| | | G.D. Ayacucho | - | - | - |
| | | G.D. Ica | - | - | - |
| | | G.R.A. Cusco | 19.440,00 | 3,81 | P |
| | | G.D. Madre de Dios | - | - | - |
| | | G.D. Puno | - | - | - |
| | | G.R.A. Arequipa | 93.600,00 | 3,48 | P |
| | | G.D. Moquegua | - | - | - |
| | | G.D. Tacna | - | - | - |
| | LIMA | Sede Central | 35.840,00 | 2,64 | I |
| | | H.N.A Sabogal S. | 3.360,00 | 3,14 | A |
| | | H.N.E. Rebagliati | 11.600,00 | 2,96 | P |
| | | H.N.G. Almenara | 31.980,00 | 2,59 | A,I |



| Tipo | Zona | Entidad | Volumen (m³) | Valor Adjudicado (S/. X m³) | Ganador |
|---------|--------|----------------------|--------------|-----------------------------|---------|
| LÍQUIDO | NORTE | G.R.A. Lambayeque | 7.358,00 | 4,36 | A |
| | | G.D. Piura | 11.924,00 | 3,87 | A |
| | | G.D. Ancash | 21.742,00 | 3,60 | A |
| | | G.D. La Libertad | - | - | - |
| | CENTRO | G.D. Huánuco | - | - | - |
| | | G.D. Junín | - | - | - |
| | SUR | G.D. Arequipa | 87,49 | 5,95 | OM |
| | | G.R.A. Cusco | 13.700,00 | 3,60 | P |
| | LIMA | H.N.E. Rebagliati M. | - | - | - |
| | | H.N.A. Sabogal S. | - | - | - |
| | | H.N.G. Almenara I | - | - | - |
| | | G.D. Lima | - | - | - |

A: Aga I: Indura OM: Cayman P. Praxair M: Messer - : No disponible
Fuente: EsSalud Elaboración: Secretaría Técnica

La Comisión interpretó que lo ocurrido en el segundo período, demostraba que las empresas investigadas sí estaban en capacidad de presentar ofertas competitivas y ganar en zonas distintas a las que habían abastecido tradicionalmente desde 1999. De este modo, la Comisión señaló los siguientes hechos como los principales indicios de concertación:

- Las empresas obtuvieron la buena pro en las mismas zonas desde la licitación de 1998 hasta las adjudicaciones de octubre del 2003.
- Las empresas tuvieron como estrategia ofertar precios por encima del 110% del valor referencial o no participar en los procesos de las zonas distintas a las que tradicionalmente abastecían. Esto se produjo en las licitaciones de los años 1998, 2000 y 2001.
- Las empresas cambiaron la estrategia utilizada desde la licitación de 1998 hasta las adjudicaciones del 2001, para empezar a ofertar precios bajos en la licitación del 2002 y en las adjudicaciones del 2003, conservando cada empresa la zona que tradicionalmente había venido abasteciendo desde la licitación de 1998.

En función de lo anterior, la Comisión concluyó que:

“(…) estos indicios o coincidencias se encuentran debidamente acreditados y, analizados en su conjunto, permiten presumir la existencia de una práctica restrictiva de la competencia en la modalidad de reparto de mercado para la provisión de oxígeno medicinal a EsSalud, desde la Licitación Pública 018-IPSS-98 (noviembre, 1998) hasta las Adjudicaciones de octubre de 2003, de forma tal que Praxair abasteciera siempre las zonas sur y Lima, Aga la zona norte y Messer la zona centro”.

La hipótesis de concertación fue, a su vez, confrontada con las explicaciones alternativas planteadas por las empresas investigadas, que según se ha adelantado, fueron las siguientes:

- La distribución geográfica observada en la provisión de oxígeno medicinal a EsSalud fue resultado del diseño ineficiente de los procesos de selección.
- La presentación de ofertas superiores al 110% del valor referencial que provocaba su descalificación automática, respondió a una estrategia de señalización dirigida a que EsSalud incrementara el valor referencial.
- No presentaron ofertas competitivas en zonas distintas a aquellas en las que tradicionalmente ganaban, porque resultaba muy costoso para ellas incursionar en otras zonas (por cuestiones de infraestructura y logística), y porque no contaban con capacidad productiva disponible.

La Comisión analizó cada una de las argumentaciones señaladas. En cuanto a la primera expresó que:

“(…) si bien la organización de los procesos de selección de EsSalud durante el Primer Periodo implicaba que su demanda estuviera dividida en sólo cuatro grandes zonas geográficas, ello no significa que las empresas investigadas hayan estado obligadas a ganar la Buena Pro siempre en las mismas zonas. Por el contrario, las empresas investigadas siempre fueron libres y estuvieron en capacidad de proveer oxígeno medicinal a EsSalud en cualquier zona. El hecho que cada ítem haya comprendido una determinada zona geográfica, no justifica que cada empresa investigada haya obtenido la Buena Pro, de manera sostenida en el tiempo, en una única zona.

(…) a partir de la Licitación Pública 0199L00052 (septiembre del 2002) se rediseñó esta organización, definiéndose zonas más pequeñas divididas en veinticuatro ítems. (...) el reparto geográfico no puede haber respondido a la organización de la demanda de EsSalud pues, cuando ésta cambió, las empresas investigadas continuaron ganando la Buena Pro única y exclusivamente en las zonas que tradicionalmente abastecían.

(…) a partir de la Licitación Pública 0399L00091 (abril del 2004), (...) las empresas investigadas comenzaron a participar de manera competitiva en zonas distintas a las que tradicionalmente abastecían, circunstancia que demuestra que siempre estuvieron en capacidad de participar competitivamente en otras zonas y que la organización

inicial diseñada por EsSalud no obligaba a que Praxair ganara siempre en las zonas sur y Lima, Aga en la zona norte y Messer en la zona sur”.

Respecto de la segunda argumentación, la Comisión señaló que:

“(…) en los procesos de selección existía un mecanismo directo mediante el cual las empresas podían enviar información a EsSalud acerca del valor referencial consignado en las bases. Este mecanismo se encuentra en las etapas de consulta y observaciones a las bases (...).

De acuerdo a lo anterior, las empresas investigadas tenían la oportunidad de comunicar formalmente a EsSalud su disconformidad y sus expectativas en relación con el valor referencial.

Adicionalmente, incluso si una empresa investigada hubiera formulado observaciones al valor referencial y EsSalud hubiera decidido no considerarlas, dicha empresa investigada podía haber optado por no participar en el proceso de selección, toda vez que ya había utilizado el mecanismo formal existente para comunicar sus expectativas y su disposición a participar en otras zonas si las condiciones cambiaban”.

Finalmente, sobre la tercera argumentación de las empresas investigadas, la Comisión consideró lo siguiente:

“En lo que se refiere al costo de abastecer otras zonas, si bien es cierto que el ganador de un proceso de selección en determinada zona obtiene cierta ventaja competitiva (experiencia y ahorro en costos logísticos), en el presente caso, dicha ventaja no puede haber sido significativa ni excluyente pues, a partir de la Licitación Pública 0199L00052 (setiembre de 2002), las empresas investigadas bajaron sus precios y, a partir de la Licitación Pública 0399L00091 (abril de 2004), abastecieron otras zonas”.

Luego de toda la evaluación realizada, la Comisión concluyó que la única explicación razonable para el comportamiento de las empresas investigadas era la existencia de una concertación para repartirse el mercado, por lo que declaró fundados los cargos contra ellas. Asimismo, les impuso las siguientes multas¹²⁶:

126 Resolución N°051-2010/CLC-INDECOPI, del 13 de agosto del 2010. Al momento de elaborar el presente trabajo esta decisión se encontraba aún en trámite de apelación ante el Tribunal.

Cuadro N°25
Multas impuestas a empresas proveedoras de oxígeno medicinal líquido y gaseoso

| Empresa/Entidad/Persona Natural | Comisión (UIT) |
|---------------------------------|----------------|
| Praxair Perú S.R.L. | 3.836,82 |
| Aga S.A. | 1.333,90 |
| Messer Gases del Perú S.A. | 578,98 |

Fuente: Resolución N°051-2010/CLC-INDECOPI

Actualmente, el recurso de apelación presentado por las investigadas se encuentra pendiente de decisión ante la Sala Especializada en Defensa de la Competencia.

3.2.3 Impacto y Contribución del Indecopi

La selección de pronunciamientos que se han descrito y comentado demuestra que el Indecopi ha adquirido una importante experiencia en la investigación y sanción de prácticas colusorias horizontales, en particular la sanción de carteles de competidores para fijar precios o repartirse el mercado.

Las investigaciones que se han realizado abarcan distintos sectores, aunque hay una marcada tendencia por sancionar la colusión en mercados de bienes o servicios que tienen gran demanda de la población en general. Así, la mayor parte de acuerdos o concertaciones de precios sancionadas se ha dado en mercados de productos o servicios de consumo masivo (pollo, servicios de transporte terrestre urbano, SOAT) o de insumos para producir ese tipo de bienes (harina de trigo). Los casos de reparto de mercado no presentan esa tendencia, pues se han verificado tanto en mercados de bienes intermedios (cilindros de acero, silicato de sodio) como en mercados de bienes que pueden considerarse de consumo masivo (oxígeno medicinal). Estas investigaciones se han iniciado usualmente contra empresas privadas, pero también han incluido a los gremios o asociaciones a las que aquellas pertenecen. En algunos casos, también han involucrado a personas naturales como agentes infractores, lo que denota la rigurosidad con que el Indecopi trata los carteles, persiguiéndolos hasta en cabeza de las personas naturales que los impulsan.

El tratamiento de los carteles de competidores ha sido drástico por parte del Indecopi, al calificarlos como una práctica ilícita *per se* o de forma automática. Sin perjuicio de ello, también ha tratado de generar un balance, al considerar que algunos acuerdos de precios o de reparto de mercado pueden resultar admisibles cuando resultan complementarios o accesorios de otros acuerdos lícitos más relevantes.

Así, desde 1997, el Indecopi estableció la regla de ilegalidad *per se* para sancionar los más serios acuerdos o concertaciones entre competidores (precedente de observancia obligatoria establecido en la investigación de la concertación en el mercado avícola). Este severo tratamiento se explica porque a través de tales prácticas los competidores se coluden para actuar como si fueran un solo agente económico pero simulando competir, con lo cual le hacen un “fraude al mercado”. Las instancias del Indecopi también han definido que los efectos que los carteles de competidores pueden ocasionar en el mercado sólo se tendrán en cuenta para cuantificar la sanción aplicable.

Sin perjuicio de lo anterior, el mismo año 1997, el Indecopi introdujo la categoría de acuerdos entre competidores que fueran accesorios o complementarios de otros acuerdos lícitos, principalmente de integración, cuyo objetivo sea lograr mayor eficiencia en determinada actividad productiva o comercial; con la finalidad de exonerar excepcionalmente a dichos acuerdos de la ilegalidad *per se* (precedente de observancia obligatoria establecido en el procedimiento iniciado por CIVA contra Mariscal Cáceres). Con esta excepción, se permitía cierta racionalidad al evaluar acuerdos que sólo involucren la integración de un grupo de competidores y les permita competir de forma más agresiva con los restantes.

El año 2003 se dejaron sin efecto las indicadas reglas de análisis, para empezar a exigir que la evaluación de las prácticas colusorias horizontales incluya la evaluación de sus efectos concretos en perjuicio del interés económico general (precedente de observancia obligatoria establecido en la investigación de la concertación de precios del SOAT). En su momento, este cambio fue objeto de duras y fundadas críticas por incrementar el grado de discrecionalidad de la autoridad¹²⁷, y dio lugar a un amplio debate sobre su conveniencia y/o utilidad¹²⁸.

Viendo el tema en perspectiva y con el beneficio del tiempo transcurrido, se puede afirmar que este cambio fue un episodio dentro de la evolución de los criterios interpretativos utilizados por el Indecopi, sin que en los hechos haya significado una modificación sustancial en la práctica de severa persecución de carteles de competidores.

127 Ver, por ejemplo: BULLARD, Alfredo. (2003b). Op. Cit., pp. 129-158.

128 Al respecto se tiene la mesa redonda de FELICES, OLAECHEA, REBAZA y ROJAS. (2003). “¿Regla *Per Se* o Regla de la Razón? Premisas y Efectos de un Cambio”. En: *Themis*. N°47. Lima, pp. 287-296. Asimismo, puede verse: MARTÍNEZ, Martha y QUINTANA, Eduardo. (2007). Op. Cit., pp. 116-136.

En efecto, el cambio de regla de interpretación exigía a la autoridad demostrar que la práctica ilícita se había llevado a cabo para así verificar sus efectos perjudiciales para el interés económico general. Adicionalmente, permitía que los investigados planteen las razones que, en su opinión, justificaban los acuerdos o prácticas concertadas, por producir eficiencias y beneficios para el consumidor. En tal sentido, si bien el cambio de regla podía hacer más complicada la labor del Indecopi para demostrar la ilicitud de las conductas infractoras (por elevar el estándar de prueba), la posibilidad de que pudiera impedir la sanción de una conducta realmente dañina para el proceso competitivo era limitada.

De un lado, es típico que los acuerdos de competidores se ejecuten y, en el caso de las concertaciones, su ejecución en el mercado es casi siempre un requisito inherente del actuar ilícito, pues su existencia se demuestra normalmente a través del comportamiento paralelo de los competidores. En todo caso, una vez que se ha llegado a un acuerdo, es posible que algunos decidan no alinearse, mientras que otros sí lo lleven a la práctica, habiendo de todos modos cierto grado de ejecución¹²⁹. En resumen, el cambio de regla sólo impedía sancionar los acuerdos que quedaban en una mera tentativa para la integridad de sus participantes.

De otro lado, las prácticas colusorias que califican como carteles de competidores son generalmente dañinas para el proceso competitivo. Es muy improbable que se puedan argumentar verdaderas justificaciones para la restricción de la competencia generada por ese tipo de acuerdos, pues tendría que demostrarse que producen una mayor eficiencia y bienestar del consumidor. Si fuera el caso que pudieran demostrarse tales efectos beneficiosos, hubiera sido muy probable que el acuerdo encajara dentro de las condiciones requeridas para calificar como uno de carácter accesorio o complementario de otro acuerdo lícito, de modo tal que igual podrían haber sido exoneradas de la ilegalidad *per se* según el precedente del caso CIVA. Siendo ello así, resultaba difícil que los participantes de conductas con efectos manifiestamente negativos se liberaran de responsabilidad con el cambio de regla¹³⁰.

En consecuencia, las principales desventajas del cambio de regla fueron:

- Elevar el estándar de prueba requerido para sancionar carteles.
- Impedir la sanción de tentativas.
- Reducir las señales de mercado en contra de los carteles de competidores.

¹²⁹ Esto habría sido lo ocurrido en el caso de la concertación de precios del SOAT, en el cual se liberó de responsabilidad a dos de las aseguradoras investigadas por no encontrarse evidencia de su participación.

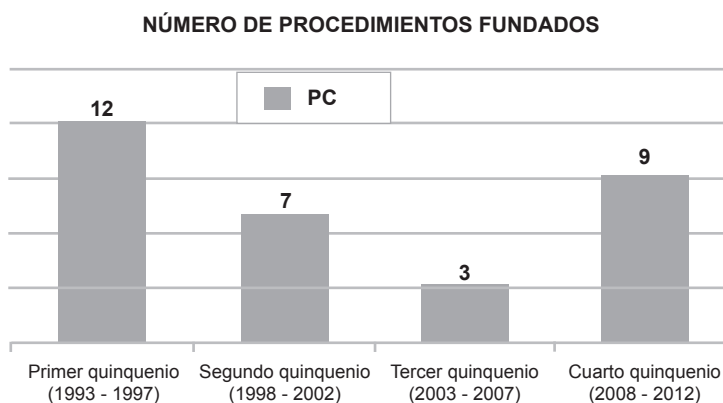
¹³⁰ En el caso de la concertación de precios del SOAT, por ejemplo, no se admitieron las justificaciones planteadas por las investigadas sobre los reducidos efectos del acuerdo según el número de ventas del producto, por no demostrar beneficios importantes derivados del acuerdo.

Sin embargo, estas mayores dificultades que podían crearse para la política de persecución de carteles, no impedían sancionar a aquellos que tuvieran efectos realmente dañinos.

Más importante aún es que la experiencia adquirida por el Indecopi como producto de esta evolución interpretativa fue plenamente aprovechada durante el proceso de desarrollo normativo que dio origen al Decreto Legislativo N°1034. Como ya se ha explicado, a través de la prohibición absoluta, la ley vigente recoge la regla de ilegalidad *per se* para los carteles de competidores. Adicionalmente, al definir las conductas que se encuentran sujetas a la prohibición absoluta, la nueva ley incluye la posibilidad de calificar los acuerdos sujetos a esta prohibición como accesorios o complementarios de otros acuerdos lícitos, con lo cual pueden quedar liberados de la prohibición absoluta. De este modo, el Decreto Legislativo N°1034 restituye, con carácter de ley, las dos reglas de interpretación vigentes hasta el año 2003, apartándose del criterio ensayado en la investigación de la concertación de precios del SOAT¹³¹.

La continuidad en el tratamiento severo de los carteles de competidores por parte del Indecopi puede observarse en la estadística de procedimientos declarados fundados, como se observa en el siguiente gráfico (Ver Gráfico N°28):

Gráfico N°28
Carteles de competidores: procedimientos fundados (1993-2012)

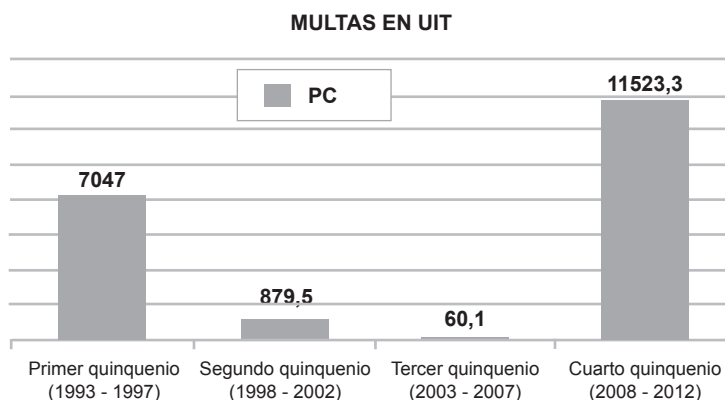


Fuente: Secretaría Técnica

¹³¹ La definición de esta regla de interpretación en la ley ha sido saludada por los autores como acertada: PATRÓN, Carlos. (2008). Op. Cit., pp. 122-144. QUINTANA, Eduardo. (2011a). Op. Cit., pp. 19-59. RUIZ, Gonzalo. (2011). Op. Cit., pp. 163-182.

En cuanto a las sanciones impuestas por el Indecopi en los casos declarados fundados, se observa que han sido bastante mayores que las correspondientes a los casos de abuso de posición de dominio, ya revisados en el ítem previo. Los montos de sanciones aplicados a los participantes en carteles han sido calculados según los efectos negativos ocasionados, considerando principalmente el mercado afectado, la duración de las prácticas, el número de agentes involucrados, la probabilidad de detección de las conductas infractoras y el beneficio ilícito obtenido. En el siguiente cuadro se presentan las sanciones impuestas por prácticas colusorias horizontales. (Ver Gráfico N°29):

Gráfico N°29
Multas impuestas por prácticas colusorias horizontales (1993-2012)



Fuente: Secretaría Técnica

Otro aspecto de relevancia en la experiencia adquirida por el Indecopi al sancionar prácticas colusorias horizontales es el referido al tratamiento de la prueba indiciaria. El Poder Judicial, como autoridad superior revisora de las decisiones del Indecopi, ha validado y confirmado que se encuentra plenamente habilitado para hacer uso de la prueba de indicios y presunciones. Asimismo, en los casos que ha venido conociendo el Poder Judicial ha corroborado que la interpretación dada por el Indecopi a los indicios encontrados ha sido correcta¹³².

¹³² En la explicación de los casos se han comentado las sentencias emitidas por el Poder Judicial sobre estos temas (caso Petroperú contra Rheem y Envases Metálicos e investigación de la concertación en el mercado avícola).

Si bien existen materias que el Indecopi puede reforzar y mejorar¹³³; no puede desconocerse que sus instancias de decisión han ido afinando sus capacidades de análisis y contrastación de los indicios y contra indicios lo que, sin duda, mejora la calidad de sus decisiones.

También merece atención el ejercicio de las facultades de investigación que tienen los órganos del Indecopi. Uno de los aspectos que se cuestionaba fuertemente en las investigaciones contra carteles de competidores era el supuesto exceso que pudiera cometerse al utilizar dichas facultades¹³⁴. Sin embargo, el desempeño del Indecopi ha sido habitualmente cuidadoso en esta materia, ganando credibilidad en el ejercicio de sus facultades. Este es un aspecto crucial para asegurar su legitimidad al momento de recopilar pruebas tan complejas como las requeridas para demostrar la existencia de concertaciones de competidores.

Al respecto, en una de las principales investigaciones llevadas a cabo por el Indecopi, esto es, la referida a la concertación en el mercado avícola, se puso en tela de juicio la forma en que se había desempeñado la Secretaría Técnica y la Comisión al conseguir y evaluar las pruebas obtenidas, sosteniéndose que habían vulnerado el derecho de defensa y al debido proceso de las empresas y entidades investigadas. Esta materia fue objeto de análisis por la Defensoría del Pueblo, entidad respetada y cuidadosa de los derechos constitucionalmente reconocidos. En su momento, la Defensoría del Pueblo desestimó las acusaciones antes mencionadas, y concluyó que no existían señales de que el debido proceso hubiera sido vulnerado por el Indecopi o que éste hubiera adoptado medidas arbitrarias¹³⁵.

- Criterio de análisis para sancionar carteles: ilegalidad *per se* o regla de la razón.
- Utilización de prueba de indicios y presunciones para demostrar concertaciones.
- Prueba de concertaciones en ausencia de indicios documentales y análisis de explicaciones alternativas.

133 Sobre el particular puede verse, por ejemplo: QUINTANA, Eduardo. (2011c). Op. Cit., pp. 42-43.

134 Ejemplo de ello se tiene en las noticias y notas de prensa publicadas por las empresas investigadas o gremios de empresas, respecto del procedimiento contra la concertación en el mercado avícola. Entre las más notorias se encuentran: "El absurdo abuso" (Expreso, 22 de enero de 1997); "¿Matamos el pollo peruano a garrotazos?" (Síntesis, 22 de enero de 1997); "Avicultores Dicen que Consecuencias Serán Fatales" (Síntesis, 22 de enero de 1997); "Empresarios insisten 'Indecopi adopta métodos policíacos'" (La República, 27 de enero de 1997); "'No es función de Indecopi juzgar a gremios empresariales': Confiep" (Expreso, 06 de diciembre de 1997); "Eduardo Farra cuestiona multa a los polleros; 'Indecopi se excede en sus facultades'" (La Reforma, 07 de diciembre de 1997). Citados en: BOZA, Beatriz. (2005). Op. Cit.

135 Opinión de la Defensoría del Pueblo emitida en la Comunicación N°4356-97-DP-OP, del 02 de julio de 1997. Citada por BOZA, Beatriz. (2005). Op. Cit.

Un tema adicional a mencionar es que la experiencia del Indecopi en la sanción de carteles es resaltada dentro del país, en tanto que se le considera una entidad muy drástica frente a los infractores¹³⁶; pero también es valorada en otras latitudes para explicar y demostrar tanto la forma adecuada de conducir investigaciones de esta naturaleza, como por los resultados positivos que generan para el desempeño del mercado. De esta forma, como bien ha señalado Boza, la labor del Indecopi en la investigación y sanción de carteles está reconocida internacionalmente como una "mejor práctica" en la materia, tanto por su grado de sofisticación como por su calidad técnica¹³⁷.

PRÁCTICAS COLUSORIAS HORIZONTALES

Aportes del Indecopi

- Establecimiento de un criterio riguroso de sanción de carteles, a través de la prohibición absoluta prevista en el Decreto Legislativo N°1034.
- Opción de considerar como acuerdos accesorios o complementarios algunos acuerdos que de otro modo serían ilegales *per se*.
- Validación de la prueba indiciaria como estándar para investigar concertaciones.

136 Nuevamente la investigación contra el cartel en el mercado avícola sirve de ejemplo, pues los medios rápidamente pusieron de manifiesto el rigor con que Indecopi decidió en este caso, aunque se ha señalado también que muchas veces se concentraron en resaltar las sanciones impuestas, más que en ocuparse de las razones por las cuales se impusieran las mismas. Entre los ejemplos de lo anterior, se tienen las siguientes noticias periodísticas: "Indecopi multa a avícolas con S/. 15'343,200. Las acusa de concertación de precios y competencia desleal" (Expreso, 21 de enero de 1997); "Multan con S/. 15.3 mlns a avícolas que concertaron precio del pollo" (El Peruano, 21 de enero de 1997); "Indecopi multa a Avicultores con más de S/. 15 Millones" (Síntesis, 21 de enero de 1997); "Ente regulador no da marcha atrás y aplica sanción final: Indecopi multa con S/. 5 millones a 16 avícolas por concertar precios" (Expreso, 27 de noviembre de 1997); "Indecopi multa con 5'088,000 soles a polleros" (Síntesis, 27 de noviembre de 1997); "Indecopi sanciona a 15 empresas por concertación en precios del pollo" (Gestión, 27 de noviembre de 1997); "Confirman sanción a avícolas por concertación de precios" (El Comercio, 27 de noviembre de 1997). Ver: BOZA, Beatriz. (2005). Op. Cit.

137 Ibid. La autora refiere que la investigación llevada a cabo por el Indecopi sobre la concertación en el mercado avícola se estudió en los siguientes eventos: "First International Training Program on Competition Policy", organizado por el World Bank Economic Development Institute (Washington, diciembre de 1998); y "First International Course on Defence of Competition and Economic Regulation: Common Challenges", organizado por el World Bank Economic Development Institute y la Universidad Argentina de la Empresa (Buenos Aires, marzo del 2001).



3.3. Prácticas Colusorias Verticales (exclusividades)¹³⁸

La práctica del Indecopi en materia de supervisión de prácticas colusorias verticales no es tan extensa como en los otros tipos de conductas ilícitas. Sin perjuicio de ello, la evaluación que se ha hecho en aquellos procedimientos que se han resuelto ha sido bastante completa y no ha estado libre de discusión.

A continuación se describen y comentan los principales pronunciamientos emitidos por el Indecopi en cuanto a restricciones verticales de la competencia o prácticas colusorias verticales como las denomina la ley vigente, los cuales se han referido a casos de exclusividad.

3.3.1 Pronunciamientos del Indecopi

Cuadro N°26
Prácticas Colusorias Verticales
Casos sobre Pronunciamientos del Indecopi

| | |
|--|---|
| CASOS SOBRE Pronunciamientos del Indecopi | Tele Cable S.A. – Tele Cable contra Fox Latin American Channel Inc. - Fox y Turner Broadcasting System Latin American Inc. - Turner (2003) |
| | Group Multipurpose S.R.L. – Gromul y Dispra E.I.R.L. – Dispra, contra Quimpac S.A. – Quimpac y Clorox Perú S.A. – Clorox (2009) |
| | Operaciones Arcos Dorados de Perú – Arcos Dorados, contra Jockey Plaza Shopping Center S.A. – Jockey Plaza, Sigdelo S.A. y varias personas naturales (2011) |

¹³⁸ Sobre las prácticas colusorias verticales puede verse: FALLA, Alejandro y BULLARD, Alfredo. (2002). Op. Cit., pp. 215-227. FALLA, Alejandro y DRAGO, Mario. (2012). Op. Cit., pp. 158-182. Ver también los capítulos “La Exclusividad de las Ventas de Hipoclorito de Sodio para la Producción de Lejía” y “La Exclusividad en el Alquiler de Espacios dentro de un Centro Comercial” en FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. (2012). Op. Cit., pp. 211-243 y 244-273, respectivamente. Ver también MARTÍNEZ, Martha y QUINTANA, Eduardo. (1998). Op. Cit., pp. 51-59.

a. Tele Cable S.A. – Tele Cable contra Fox Latin American Channel Inc. - Fox y Turner Broadcasting System Latin American Inc. - Turner (2003)¹³⁹

Tele Cable, empresa concesionaria del servicio de televisión por cable en la ciudad de Lima, tenía contrato de distribución de señales (transmisión de programas) con Fox y Turner desde 1993 y 1989, respectivamente. Sin embargo, Fox dio por terminado el contrato unilateralmente a partir del 30 de abril de 1999 y Turner hizo lo mismo el 31 de diciembre de 1999, lo cual coincidió con la suscripción por ambas empresas de contratos de distribución exclusiva con la empresa Telefónica del Perú S.A.A. (Telefónica).

Tele Cable denunció a Fox y a Turner por el presunto desarrollo de prácticas anticompetitivas consistentes en el establecimiento de acuerdos de distribución exclusiva de señales. Tele Cable sostuvo que los contratos de exclusividad suscritos estaban orientados a excluirla del mercado de televisión por cable, toda vez que los canales de Fox y Turner constituía “insumos esenciales” para la competencia en dicho mercado.

Las empresas denunciadas negaron haber incurrido en prácticas anticompetitivas. Turner presentó sus descargos señalando que no contaba con posición de dominio en el mercado internacional de programadores, en vista de la existencia de un sinnúmero de sustitutos de programas y contenidos. Por su parte, Fox sostuvo que sus canales contaban con suficientes sustitutos, por lo que no podía afirmarse que ostentara posición de dominio.

La Comisión consideró que el caso involucraba un supuesto de abuso de posición de dominio¹⁴⁰, por lo que evaluó si las denunciadas contaban con esta posición en el mercado relevante. Para tales efectos, la Comisión señaló que el producto relevante no se circunscribía a las señales de Fox y Turner, sino que debía comprender a todas aquellas señales y programaciones que pudieran ser canales transmitidas por televisión por cable. Adicionalmente, la Comisión identificó las categorías a las que pertenecían cada una de las señales o programaciones de las denunciadas y definió aquellos que podían ser sustitutos en cada categoría, en función de sus

¹³⁹ Tele Cable también denunció a las empresas de telecomunicaciones Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Multimedia S.A.C. (Cable Mágico). No obstante la denuncia contra estas empresas fue tramitada por el regulador de las telecomunicaciones (OSIPTEL). El Indecopi tramitó la denuncia en el extremo referido a las empresas Fox y Turner, conforme los argumentos señalados por el Tribunal en la Resolución N°0355-2000/TDC-INDECOPI.

¹⁴⁰ Debe tenerse en cuenta que este procedimiento se tramitó durante la vigencia del Decreto Legislativo N°701, norma que no tipificaba de modo independiente las prácticas colusorias verticales, como sí lo hace el Decreto Legislativo N°1034. En tal sentido, la tramitación de ese tipo de denuncias tenía que efectuarse considerando que se trataba de un acto de abuso de posición de dominio o de una práctica restrictiva de la competencia (acuerdos o concertaciones entre empresas).

características, contenidos y niveles de audiencia. La evaluación comparativa de todas las programaciones existentes por cada categoría dio los siguientes resultados (Ver Cuadro N°27):

Cuadro N°27
Evaluación comparativa de las programaciones de Fox y Turner

| Categoría | Canal | Empresa | Programaciones Sustitutas | Porcentaje de Audiencia |
|--|----------------------------|---------------|--|---|
| Deportes | Fox Sports | FOX | ESPN y América Sports. Cable Mágico Deportes tenía mayor sintonía pero era una programación de propiedad de Cable Mágico | Equivalente a los competidores |
| Noticias financieras | CNN Financiero | TURNER | Bloomberg | Igual que los competidores |
| Noticias internacionales en castellano | CNN en español | TURNER | Cadenas internacionales de noticias (CBS-Telenoticias) y cadenas locales de noticias (Canal N, Antena Informativa) | Menor que los competidores locales |
| Noticias internacionales en inglés | CNN Internacional | TURNER | BBC Work y Film and Arts | Equivalente a los competidores |
| Películas | TNT | TURNER | HBO, Cinecanal, Cinemax, USA Network, MGM Network y Film and Arts. | Menor que los competidores |
| Programas Infantiles | Cartoon Network y Fox Kids | FOX TURNER | Nickelodeon, Discovery Kids y Boomerang | Mayor que los competidores, pero sin llegar a posición de dominio |
| Series | Canal Fox | FOX | Warner Channel, AXN y Sony Entertainment Televisión | Menor que los competidores |

Fuente: Elaboración propia

En consecuencia, la Comisión determinó que las empresas Fox y Turner no ostentaban posición de dominio en ninguna de las categorías analizadas “(...) en la medida que la existencia de canales sustitutos y la dinámica del mercado de programadores internacionales no permitirían el desarrollo de prácticas abusivas en este mercado”. No obstante lo anterior, la Comisión consideró conveniente analizar las prácticas denunciadas asumiendo que sí tuvieran posición de dominio.

La Comisión evaluó si los contratos de exclusividad suscritos entre las denunciadas y Telefónica podrían constituir abuso de posición dominante. Para ello consideró que *“(…) los contratos de exclusividad pueden tener un doble efecto; de un lado pueden incrementar el bienestar de los consumidores a consecuencia de las eficiencias que se podrían derivar de dichos convenios”*. De otro lado, *“(…) pueden también generar un efecto negativo limitando o excluyendo a competidores de las fuentes de aprovisionamiento o insumos, lo que conllevaría a una reducción del nivel de competencia y por consiguiente una pérdida del bienestar para los consumidores”*.

Como resultado de la evaluación de los efectos positivos versus los efectos negativos de los contratos de exclusividad analizados, la Comisión concluyó que el efecto negativo de los contratos de exclusividad, en relación a la pérdida de clientes mostrada por la empresa Tele Cable, resultaría bastante reducido respecto del total de desconexiones sufridas (pérdida de clientes) por la referida empresa durante el período analizado. Así pues, se encontró que las desconexiones fueron motivadas en mayor medida por otras variables, distintas a los contratos de exclusividad, tales como problemas con las señales de televisión, distribución inadecuada de la revista, por viaje del abonado, mala programación, falta del Canal N, falta de las cadenas internacionales ABC, NBC, CBS, entre otras.

La Comisión consideró que los contratos de exclusividad sólo estarían explicando una muy pequeña parte en el número total de desconexiones de Tele Cable y, en tal sentido, no podría afirmarse que dichas exclusividades pudieran conllevar a la pérdida total de clientes de Tele Cable y, por consiguiente, que ésta fuera desplazada del mercado.

Bajo estas consideraciones, la Comisión declaró infundada la denuncia presentada por Tele Cable contra las empresas Fox y Turner¹⁴¹.

b. Group Multipurpose S.R.L. (Gromul) y Dispra E.I.R.L. (Dispra), contra Quimpac S.A. (Quimpac) y Clorox Perú S.A. (Clorox) (2009)

En 1995 existían en el Perú dos empresas fabricantes de hipoclorito de sodio: Quimpac y Paramonga. En 1997, Quimpac compró a Paramonga, convirtiéndose en la única empresa productora de hipoclorito de sodio en el mercado nacional.

Posteriormente, Quimpac suscribió un contrato de distribución exclusiva de hipoclorito de sodio con Clorox, en virtud del cual ésta es la única empresa distribuidora de dicho producto y ninguna empresa podría comprarlo directamente de Quimpac.

¹⁴¹ Resolución N°005-2003-INDECOPI/CLC, del 14 de mayo del 2003.

Como consecuencia de lo previsto en el contrato antes referido, Quimpac se negó a satisfacer un pedido de compra de hipoclorito de sodio de las denunciadas: Gromul que se dedica al envasado y comercialización de lejías y Dispra, que es comercializadora de las lejías elaboradas por Gromul, en los departamentos de Huánuco y Ucayali.

Gromul y Dispra denunciaron a Quimpac y Clorox por presuntas prácticas colusorias verticales argumentando que las empresas denunciadas mantenían una relación contractual de exclusividad en la venta o distribución de hipoclorito de sodio, así como también por la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que colocan a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

Gromul y Dispra sostuvieron que el referido contrato de exclusiva se orientaba a mantener e incrementar la posición de dominio ostentada tanto por Quimpac como por Clorox, pues Quimpac se negaba a satisfacer el pedido de compra señalando que tenía el contrato con Clorox. A su vez, este contrato permitía a Clorox abastecerse de hipoclorito de sodio a un precio menor que sus competidores, lo cual le permitía disminuir sus precios de venta de lejía al consumidor, en detrimento de Gromul y Dispra.

Clorox señaló que el contrato de distribución exclusiva no llegó a surtir efectos, dado que en los hechos sus condiciones fueron más flexibles, pues los volúmenes de hipoclorito que tenía Clorox dependían de lo que Quimpac decidía poner a su disposición y no de las necesidades o cantidades exigidas por Clorox. En cuanto a la posición de dominio, señaló que era resultado de su eficiencia económica, lograda por la reducción de sus costos de producción, beneficiando al consumidor que obtiene un envase mejor y más cómodo a un precio menor.

Por su parte, Quimpac señaló que no contaba con posición de dominio en la producción ni en la distribución de hipoclorito de sodio, en la medida que no existen barreras de acceso al mercado. La inexistencia de barreras de entrada hace que exista una competencia potencial en el mercado de hipoclorito de sodio y, si nadie decide importarlo, no era responsabilidad de Quimpac. Adicionalmente, Quimpac negó la existencia de un contrato de distribución exclusiva con Clorox, señalando que durante el período de su supuesta vigencia mantuvo relaciones comerciales de venta de hipoclorito con empresas distintas a Clorox, como era el caso de Intradevco.

Conforme el análisis efectuado por la Comisión, los contratos de exclusividad entre empresas que se ubican en distintos niveles de la cadena productiva, en caso una de las empresas involucradas tenga posición de dominio, podrían generar un efecto exclusorio para los competidores ubicados en el mercado afectado. Por tanto, este tipo de conductas podían ser juzgadas bajo el art. 6 del Decreto Legislativo N°701, vigente en ese momento, es decir como una práctica restrictiva de la competencia.

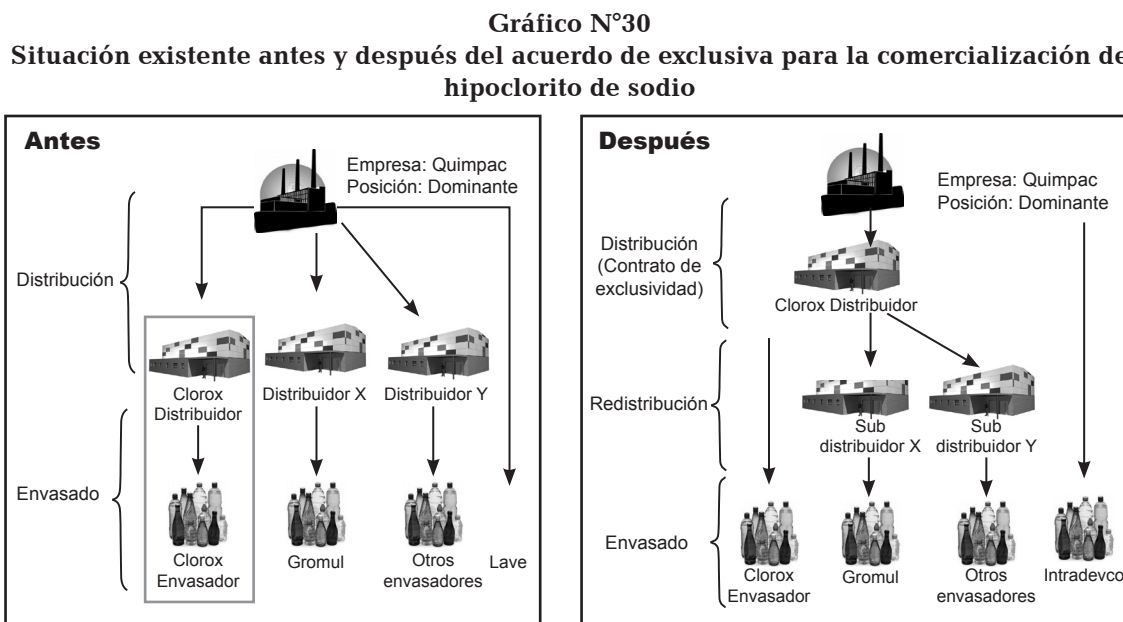
Así pues, la Comisión entendió que cuando este tipo de prácticas involucran, al menos, a una empresa con posición de dominio en el mercado, sus efectos sobre la eficiencia pueden ser negativos, puesto que afectan la capacidad de las empresas rivales para competir en el mercado, siendo necesario evaluar los beneficios y costos involucrados.

Contrariamente a lo planteado por Quimpac, la Comisión concluyó que esta empresa sí tuvo posición de dominio en el mercado relevante durante el período de investigación. Además, consideró que el acuerdo de distribución exclusiva sí había sido celebrado y ejecutado, restringiendo la competencia y generando más costos que beneficios sociales.

En particular, la Comisión entendió que con el referido acuerdo se había creado un nuevo nivel de comercialización en la cadena de ventas de hipoclorito de sodio, y que:

“... la restricción a la competencia constituida por la exclusividad en la distribución del hipoclorito de sodio no encuentra justificación en la consecución de los objetivos beneficiosos indicados por las empresas involucradas, puesto que los mismos pudieron ser alcanzados mediante mecanismos menos restrictivos para la competencia”.

La Comisión graficó la situación existente antes y después del acuerdo de exclusividad y su efecto en el mercado de comercialización de hipoclorito de sodio, con la siguiente comparación gráfica (ver Gráfico N°30):



En atención a estos argumentos, la Comisión declaró fundada la denuncia consistente en la implementación de restricciones verticales en la modalidad de acuerdos de distribución exclusiva de hipoclorito de sodio. La Comisión decidió sancionar a Quimpac y a Clorox con una multa equivalente a 325,93 UIT cada una¹⁴².

En apelación, el Tribunal se pronunció sobre la tipificación de la conducta denunciada como un acuerdo vertical sancionable según el art. 6 del Decreto Legislativo N°701. Al respecto, señaló que la conducta prohibida en el primer párrafo del art. 6 es equivalente a lo que en doctrina se denomina como prácticas colusorias, cárteles o concertaciones, caracterizadas por:

“... un concierto de voluntades (pacto, convenio, contacto, etc.) entre dos o más operadores económicos independientes que se comprometen a realizar una conducta cuyo objeto o efecto sea restringir la competencia, mediante la exclusión de competidores (v.g. actos de boicot) o la fijación concertada de una condición comercial (v.g. precios, estándares de calidad, etc.)”.

Según el análisis desarrollado por el Tribunal:

“... los acuerdos de distribución exclusiva celebrados entre agentes económicos independientes que operan en distintas etapas de la cadena productiva y en el cual uno de ellos goza de posición de dominio, podría tener el efecto de restringir la competencia en uno de los mercados relacionados (producción – distribuidor, mayorista – minorista, etc.) mediante la exclusión de competidores que eventualmente no podrían acceder a la provisión del insumo objeto de exclusividad”.

Por ello, el Tribunal concluyó que este tipo de acuerdos se encontraban previstos como un supuesto típico de infracción de acuerdo con el literal j) (*“casos de efectos equivalentes”*) y el primer párrafo del art. 6 del Decreto Legislativo N°701 (*“acuerdo entre empresas”*).

De otro lado, también señaló que las colusiones verticales constituyen infracciones de resultado, requiriendo para la configuración de la infracción:

- La ejecución de la conducta imputada (celebración del acuerdo de distribución exclusiva), y
- Que se acredite la existencia de un resultado negativo o la potencialidad concreta de dicho resultado, sobre la competencia y el bienestar de los consumidores.
- En el presente caso, el Tribunal señaló que el acuerdo no generó un perjuicio efectivo en el mercado, aunque tuvo la potencialidad de generar:

142 Resolución N°005-2008-INDECOPI/CLC, del 22 de febrero del 2008.

- Resultados negativos para la competencia mediante la eventual exclusión de envasadores de lejía del mercado, y
- Eventuales efectos negativos para el consumidor quien se hubiera podido perjudicar por una disminución de sus alternativas de consumo y una disminución de la presión competitiva, traducida en un menor precio.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal consideró que, para evaluar la potencialidad del efecto que pudiera haberse dado, era necesario definir la dimensión del mercado. Al respecto, concluyó que la dimensión del mercado en el caso concreto no era significativa, pues la conducta se había desarrollado en un mercado no tan extenso en comparación con el de otros insumos dentro del sector de químicos. A criterio del Tribunal, este hecho debía ser considerado al momento de graduar la sanción.

En consecuencia, el Tribunal confirmó la decisión de primera instancia que declaró fundada la denuncia, pero redujo la multa a 81,48 UIT, tanto para Quimpac como para Clorox¹⁴³.

Adicionalmente, el Tribunal decidió establecer el siguiente precedente de observancia obligatoria, como guía vinculante para los siguientes casos que se tramitaran de conformidad con el Decreto Legislativo N°1034, el mismo que transcribimos en sus partes de contenido más general:

“1. El Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas – tipifica las prácticas colusorias horizontales y verticales en sus artículos 11 y 12, respectivamente; es decir, a diferencia del dispositivo normativo derogado en donde la tipificación de las prácticas colusorias se encontraba en el artículo 6 aplicable a ambas clases de colusiones (v.g. verticales y horizontales), en la norma vigente el legislador ha considerado necesario tipificar ambas clases separadamente, atendiendo a su naturaleza y elementos típicos particulares.

(...)

3. Bajo la normativa vigente las colusiones verticales tienen dos elementos típicos particulares: (i) que la conducta sea realizada entre dos o más agentes económicos independientes que actúen en diferentes niveles de la cadena de producción; y (ii) que uno de los agentes infractores involucrados tenga posición de dominio en uno de los mercados de la cadena productiva.

(...)

7. Desde este punto de vista, las colusiones verticales constituyen ‘infracciones de resultado’. Esto quiere decir que para la configuración de la infracción y, por tanto, la vulneración al principio de libre competencia como bien jurídico tutelado, es necesario

¹⁴³ Resolución N°068-2009/SC1-INDECOPI, del 24 de febrero del 2009.

no sólo la ejecución de la conducta imputada (v.g. la celebración de un acuerdo de distribución exclusiva restrictivo), sino que se acredite la existencia de un resultado negativo, o la potencialidad concreta de dicho resultado (cierto e inminente), sobre la competencia y el bienestar de los consumidores. En otras palabras, el acuerdo colusorio vertical debe generar una lesión efectiva, o puesta en peligro de lesión (cierto e inminente), a la competencia y el bienestar de los consumidores, para que la conducta sea sancionable como infracción a las normas de defensa de la competencia. (...)

12. Conforme a lo expuesto, esta Sala considera que a efectos de analizar la licitud (o no) de una práctica colusoria vertical, la autoridad de competencia debe realizar el análisis según la metodología siguiente:

- (i) determinar si alguna de las partes denunciadas goza de posición de dominio en el mercado relevante;*
- (ii) establecer la existencia del acuerdo restrictivo imputado a las denunciadas;*
- (iii) ponderar los objetivos restrictivos de la competencia frente a las eficiencias pro-competitivas derivadas de la práctica colusoria vertical bajo análisis; y*
- (iv) en caso que los objetivos restrictivos sean mayores que las eficiencias, determinar si la práctica colusoria vertical efectivamente tuvo un resultado negativo, o tuvo la potencialidad de causar un resultado lesivo concreto, para la competencia y el bienestar de los consumidores (lo cual traduce una afectación al interés económico general). Si no se observan dichos efectos, o potencialidad de efectos, la restricción vertical no será declarada como infracción, pese a que pudiera tener el objeto de restringir la competencia”.*

c. Operaciones Arcos Dorados de Perú (Arcos Dorados), contra Jockey Plaza Shopping Center S.A. (Jockey Plaza), Sigdelo S.A. y varias personas naturales (2011)

Arcos Dorados es la empresa licenciataria en el Perú de la cadena internacional de venta de comida rápida McDonald's, mientras que Jockey Plaza administra el centro comercial Jockey Plaza Shopping Center y Sigdelo es la empresa licenciataria en el Perú de las cadenas internacionales de venta de comida rápida Burger King y Pizza Hut.

Arcos Dorados solicitó numerosas veces a Jockey Plaza el arrendamiento de uno o varios locales comerciales al interior del centro comercial para establecer diversos formatos de restaurantes McDonald's, recibiendo diversas respuestas verbales en sentido negativo de Jockey Plaza afirmando que el rubro al que se dedica Arcos Dorados estaba suficientemente cubierto. Finalmente, el 12 de junio del 2006, Jockey Plaza respondió al pedido de arrendamiento efectuado por Arcos Dorados el 08 de junio del 2006, manifestando que si bien tenía interés

en contar con la presencia de McDonald's en el centro comercial, existían limitaciones de tipo contractual acordadas con otro operador que se lo impedían.

Arcos Dorados denunció la existencia de una práctica restrictiva de la competencia de tipo vertical entre Jockey Plaza (centro comercial-arrendador) y Sigdelo (cliente-arrendatario), en tanto el Jockey Plaza se habría negado a contratar con Arcos Dorados, en virtud de un acuerdo que sostenía con Sigdelo.

A tal efecto, señaló que Jockey Plaza es la única empresa que arrienda locales comerciales para la venta de comida rápida en el centro comercial, siendo evidente su posición de dominio en dicho mercado. Sobre los efectos negativos del contrato de exclusividad entre Jockey Plaza y Sigdelo, argumentó que no sólo restringía la capacidad de operar de Arcos Dorados en el mercado relevante, sino que afectaba a los consumidores por contar con menores opciones y productos con mayores precios, pues McDonald's tiene precios relativamente menores que los de Burger King. Finalmente, afirmó que Burger King no constituía una tienda ancla para el centro comercial y que el centro comercial no necesitaba mantener un "*tenant mix*" adecuado¹⁴⁴, por lo que no existían justificaciones razonables para excluir a McDonald's del centro comercial por plazo indefinido.

Según Jockey Plaza y Sigdelo, el mercado relevante es el arrendamiento y compraventa de locales comerciales en Lima y Callao, no pudiendo restringirse solamente al centro comercial administrado por Jockey Plaza. Además, el acuerdo estaba económicamente justificado, pues Sigdelo se comprometió a arrendar diversos locales en el centro comercial y a pagar una suma adicional por contar con la exclusividad. Esta situación mantenía la combinación de operadores o "*tenant mix*" deseada, y otorgaba seguridad a los operadores que se arriesgaron en un negocio cuando la rentabilidad no era conocida.

Igualmente, afirmaron que un centro comercial no es un establecimiento esencial para que Arcos Dorados opere en el mercado y tampoco se podía considerar que Jockey Plaza posea una participación de mercado que dificulte, limite o restrinja la capacidad de operar de Arcos Dorados, pues (i) existen numerosos centros comerciales en Lima Metropolitana y Callao, (ii) Arcos Dorados puede operar en lugares distintos a centros comerciales, y (iii) existen numerosos potenciales proveedores de locales comerciales.

¹⁴⁴ Según se refiere en la resolución comentada, el "*tenant mix*" es la combinación de establecimientos comerciales dentro de un centro comercial para conformar un ensamblado que produzca para la empresa dueña del centro comercial óptimas ventas, rentas, servicio a la comunidad y viabilidad financiera.

Por último, sostuvieron que al ser Lima y Callao el mercado relevante, el acuerdo de exclusividad no podría tener el efecto de desplazar la demanda de Arcos Dorados a Sigdelo sino que, por el contrario, el acuerdo había dinamizado la competencia, pues provocó que Arcos Dorados coloque un local en las inmediaciones del centro comercial.

En primer lugar, la Comisión verificó que, existía un acuerdo entre Jockey Plaza y Sigdelo cuyo origen era un documento suscrito el 20 de febrero de 1997 y que se había mantenido vigente por lo menos hasta el 26 de septiembre del 2007, según el cual la primera estaba obligada a no arrendar espacios a cualquier licenciatario de McDonald's en ningún espacio del centro comercial o en cualquier otra área sobre la cual pueda tener en el futuro derechos reales en el Hipódromo de Monterrico. De igual forma, comprobó que Jockey Plaza se negó a arrendar locales comerciales a Arcos Dorados debido a tal acuerdo.

En cuanto al mercado relevante, la Comisión consideró que el producto en cuestión era la comida rápida constituida por hamburguesas y productos asociados. Asimismo, que los centros comerciales tienen carácter de plataforma de venta de bienes y servicios para los consumidores, con lo cual la demanda por distintos productos (como por ejemplo, la compra de productos de vestir y de comida rápida) se consolida dentro de ese tipo de locales y los compradores no suelen incurrir en costos de cambiar a uno de los proveedores trasladándose a otro lugar. Además consideró que, durante el periodo investigado (1997-2007), no existían centros comerciales que pudieran ser considerados sustitutos adecuados del que administraba Jockey Plaza. Así, concluyó que el mercado relevante se circunscribía al arrendamiento de espacios en el centro comercial administrado por Jockey Plaza, para la venta de hamburguesas similares a las de la marca McDonald's.

Luego, la Comisión definió que Jockey Plaza tenía una elevada cuota de mercado, que existían altas barreras de entrada y la competencia potencial estaba ausente, concluyendo que durante el periodo investigado Jockey Plaza ostentó posición de dominio.

Respecto del mercado afectado, consideró que estaba definido por el conjunto de bienes y servicios que se ofrecen en el centro comercial administrado por Jockey Plaza, entre los cuales se puede encontrar la venta de hamburguesas de las marcas McDonald's, Burger King y Bambos, teniendo en cuenta el servicio solicitado por Arcos Dorados, el alcance de la negativa concertada entre Jockey Plaza y Sigdelo, las características de los consumidores del producto en cuestión, y las características de los productos de Arcos Dorados, Sigdelo y Bambos. Dentro de este mercado afectado, la Comisión identificó que la conducta denunciada había restringido de manera significativa el nivel de competencia entre Arcos Dorados, Sigdelo y Bambos y que, como consecuencia de ello, se habían reducido las opciones que los consumidores hubieran tenido a su disposición en el centro comercial.

Además señaló que el acuerdo de exclusiva no se encontraba relacionado con la necesidad de garantizar un determinado “*tenant mix*”, ni tampoco respondía a la necesidad de retribuir una especial inversión realizada por Sigdelo. Es decir, la conducta denunciada no tenía justificaciones de eficiencia o de otra naturaleza que pudieran validar la restricción de la competencia ocasionada.

En función de todo lo anterior, la Comisión declaró fundada la denuncia por infracción al literal b) del art. 6 del Decreto Legislativo N°701, teniendo en consideración que el período objeto de investigación fue desde 1997 al 2007, es decir, antes de la vigencia del Decreto Legislativo N°1034¹⁴⁵.

Como medida correctiva declaró inoponible el compromiso de no contratar con Arcos Dorados y ordenó a Jockey Plaza que se abstenga de celebrar contratos que incluyan la obligación de no contratar con una empresa en particular. Adicionalmente, sancionó a Sigdelo con una multa de 564,4 UIT, a Jockey Plaza con una multa de 100 UIT y con multas de 5 UIT a cada una de las personas naturales incluidas en la investigación.

Actualmente, el recurso de apelación presentado por las investigadas se encuentra pendiente de decisión ante la Sala Especializada en Defensa de la Competencia.

3.3.2 Impacto y Contribución del Indecopi

La experiencia del Indecopi en materia de prácticas colusorias verticales no ha sido tan extensa, como ya se había adelantado, pero ha dado lugar a pronunciamientos acuciosos y relevantes.

En particular, debe llamarse la atención sobre los elementos que típicamente considera el Indecopi para analizar este tipo de conductas, que son:

¹⁴⁵ Resolución N°059-2011/CLC-INDECOPI, del 15 de noviembre del 2011. A la fecha de elaboración del presente trabajo, esta decisión se encontraba en apelación ante el Tribunal.

- La existencia del acuerdo o colusión entre agentes que operan en distintos niveles de la cadena productiva o comercial.
- La posición de dominio de alguno de los participantes.
- Los efectos restrictivos de la competencia (reales o la potencialidad de tales efectos).
- Los efectos positivos que pudiera tener el acuerdo para el bienestar del consumidor.

Como puede observarse, este método de análisis coincide con la práctica internacional, según se ha explicado en el primer capítulo.

Sin lugar a duda, la experiencia ganada por el Indecopi en materia de restricciones verticales de la competencia, también ha sido aprovechada para el desarrollo normativo del Decreto Legislativo N°1034.

En efecto, como parte de la aplicación del Decreto Legislativo N°701, se identificó que las restricciones verticales pueden ser perjudiciales para la competencia cuando involucran, cuando menos, a una empresa con posición de dominio pues, en tal caso, el acuerdo de un agente económico con dicha empresa puede colocarlo en ventaja frente a sus competidores, impidiendo que éstos accedan a los bienes o servicios de la empresa dominante. Este análisis se realizó, por ejemplo, en el caso seguido contra Fox y Turner.

Adicionalmente, en aplicación del Decreto Legislativo N°701 también se identificó la ausencia de una disposición específica que tipificara la prohibición de prácticas colusorias verticales, recurriéndose en ese momento a la interpretación sistemática de las disposiciones del Decreto Legislativo N°701 para decidir sobre ese tipo de conductas. Este análisis se dio en el procedimiento contra Quimpac y Clorox.

Producto de esa experiencia, al desarrollar las normas del Decreto Legislativo N°1034 se cuidó de tipificar las prácticas colusorias verticales y establecer las condiciones para que se configuren.

PRÁCTICAS COLUSORIAS VERTICALES

Aportes del Indecopi

- Tipificación independiente como supuesto prohibido.
- Establecimiento de la existencia de posición de dominio para que se configuren.

Sin perjuicio de lo anterior, las posiciones asumidas por el Indecopi al pronunciarse sobre las conductas explicadas en este capítulo no han estado libres de debate. De un lado, puede mencionarse la discusión sobre la identificación y estimación que hace el Indecopi sobre los efectos perjudiciales que pueden tener las restricciones verticales de la competencia, en particular en el caso del hipoclorito de sodio¹⁴⁶. De otro lado, la discusión más actual se enfoca en la definición del mercado relevante para los contratos de exclusividad, pues cuanto más acotado es el mercado relevante que se defina, mayor la probabilidad de que las restricciones verticales puedan afectar considerablemente la competencia, situación que se presentó en el caso relacionado con el centro comercial Jockey Plaza¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Ver el capítulo "La Exclusividad de las Ventas de Hipoclorito de Sodio para la Producción de Lejía" en FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. (2012). Op. Cit., pp. 242-243.

¹⁴⁷ Al respecto, puede verse FALLA, Alejandro y DRAGO, Mario. (2012). Op. Cit., pp. 172-176. También puede verse el capítulo "La Exclusividad en el Alquiler de Espacios dentro de un Centro Comercial" en FERNÁNDEZ-BACA, Jorge (2012). Op. Cit., p. 273.

CONCLUSIONES



La competencia es un proceso dinámico a través del cual las empresas o agentes económicos rivalizan en el mercado por satisfacer mejor las necesidades y expectativas de los consumidores. En ese sentido, la competencia resulta un medio para lograr un fin superior, que es el bienestar del consumidor a través del funcionamiento del mercado.

Las normas peruanas de defensa y protección de la libre competencia se dirigen a evitar que las empresas concentren poder de mercado por razones distintas a una mayor eficiencia y también que utilicen el poder de mercado que tienen de forma ilegal. Asimismo, buscan evitar que se concentre poder de mercado a través de fusiones y adquisiciones de empresas, que generen graves riesgos para la competencia. La protección que ofrecen estas normas al proceso competitivo tiene como fin último lograr el bienestar del consumidor.

Desde el inicio de sus funciones en 1993, el Indecopi ha sabido proteger el proceso competitivo, no sólo enfrentando importantes retos en la interpretación de las normas de protección de la competencia para casos complejos, como los relativos a actos de abuso de posición de dominio que requieren la evaluación de sus efectos en el mercado, sino también defendiendo sus atribuciones para investigar prácticas anticompetitivas veladas, como son las concertaciones de competidores.

Las decisiones del Indecopi en materia de actos de abuso de posición de dominio demuestran que se ha buscado un equilibrio entre (i) la libre determinación de las políticas comerciales de las empresas dominantes, que se reconoce en una economía social de mercado como la peruana, y se plasma en decisiones que conllevan, por ejemplo, negativas a contratar o aplicación de precios y/o descuentos diferenciados; y (ii) la protección del proceso competitivo, sancionando comportamientos de las empresas dominantes que excluyen inválidamente del mercado a otros agentes económicos.

El Indecopi ha sido cuidadoso al administrar sus atribuciones de sanción de actos de abuso de posición de dominio. Ha buscado ser prolijo al definir la existencia de posición de dominio en el mercado, para no extender indebidamente las limitaciones que impone la prohibición de actos de abuso de posición de dominio a empresas o entidades que no cuentan con poder sustancial de mercado. También ha evaluado de modo razonable y equilibrado las razones y justificaciones planteadas por los agentes económicos con posición dominante para sustentar que su comportamiento no constituye un acto de abuso.

A través de la constante aplicación de las normas que prohíben actos de abuso de posición de dominio, el Indecopi identificó nuevos tipos de comportamientos de agentes económicos dominantes que pueden dañar el proceso competitivo. Esta experiencia ha rendido sus frutos, pues sirvió para enriquecer los comportamientos prohibidos que se incluyeron en la

propuesta normativa planteada por el Indecopi y que dio origen a la nueva ley de defensa de la competencia, el Decreto Legislativo N°1034.

Asimismo, con la experiencia ganada, el Indecopi ha logrado dilucidar adecuadamente los alcances de la prohibición de actos de abuso de posición de dominio, excluyendo de la norma vigente, luego de un amplio debate previo, los denominados actos de efecto explotativo que si bien pueden afectar negativamente al consumidor, no lo hacen a través de una restricción de la competencia.

De otro lado, el tratamiento de los carteles de competidores ha sido drástico por parte del Indecopi, al calificarlos como una práctica ilícita *per se* o de forma automática. Este severo tratamiento se explica porque a través de tales prácticas los competidores se coluden para actuar como si fueran un solo agente económico pero simulando competir, con lo cual le hacen un "fraude al mercado". La severidad en el tratamiento de los carteles se refleja, sin duda, en las sanciones pecuniarias impuestas por el Indecopi, que han sido bastante mayores que las correspondientes a los casos de abuso de posición de dominio.

La experiencia adquirida por el Indecopi en la sanción de carteles fue plenamente aprovechada en el proceso de desarrollo normativo que originó el Decreto Legislativo N°1034, pues esta norma prevé de modo expreso la prohibición absoluta de los carteles de competidores.

Sin perjuicio de ello, el Indecopi también ha tratado de generar un balance, al considerar que, excepcionalmente algunas prácticas de cartel pueden quedar exoneradas de la ilegalidad *per se*, cuando resultan complementarias o accesorias de otros acuerdos lícitos más relevantes, principalmente de integración, cuyo objetivo sea lograr mayor eficiencia en determinada actividad productiva o comercial. Con esta excepción, se admiten algunos acuerdos de integración de empresas que les permiten competir de forma más agresiva con los competidores restantes. Esta excepción también ha sido contemplada dentro del Decreto Legislativo N°1034.

Adicionalmente, en su labor de persecución de carteles, el Indecopi ha logrado validar dos aspectos muy relevantes para el ejercicio de sus atribuciones. El primero, es el uso de la prueba de indicios y presunciones para demostrar la existencia de concertaciones de competidores, en ausencia de prueba directa que permita evidenciar el referido comportamiento ilícito. El segundo es la utilización de sus amplias facultades de investigación para obtener material probatorio, respetando el derecho de defensa de los investigados. La actuación del Indecopi en ambos rubros ha pasado exitosamente la prueba de la revisión judicial.

De este modo, el Indecopi ha ganado credibilidad en el cumplimiento de sus funciones, aspecto crucial para asegurar su legitimidad. La actuación del Indecopi en la investigación y

sanción de carteles también es reconocida internacionalmente como una “mejor práctica” en la materia, por su grado de sofisticación y calidad técnica.

Si bien la experiencia del Indecopi en materia de prácticas colusorias verticales no es tan vasta como en los otros dos ámbitos comentados previamente, también ha servido para introducir mejoras en la norma vigente. De un lado, dio lugar a que tales prácticas se tipifiquen en una sección distinta del Decreto Legislativo N°1034, de forma independiente de los acuerdos y concertaciones entre competidores. De otro lado, llevó a que en esa tipificación se incluya como condición para que se configure la práctica, que al menos uno de sus participantes tenga posición de dominio, pues sólo en ese caso las restricciones verticales pueden ser perjudiciales para la competencia.

Finalmente, en lo que respecta a los principales retos para el Indecopi en el futuro, corresponde señalar los siguientes:

- En primer lugar, el Indecopi cuenta con herramientas para identificar mercados o situaciones en los cuales la probabilidad de que los agentes económicos afectados por actos de abuso de posición de dominio planteen una denuncia es reducida, y en los que el perjuicio al bienestar del consumidor puede ser elevado. De cumplirse ambas condiciones, consideramos que se justificaría que el Indecopi actúe de oficio, como suele hacer en las investigaciones contra los carteles de competidores.
- En segundo lugar, cuando los casos de concertaciones entre competidores se sustentan en el análisis del comportamiento de las empresas en el mercado como principal o única fuente de indicios de concertación, consideramos que será imprescindible que el Indecopi someta las hipótesis de concertación a un estándar más exigente de análisis contra fáctico, para descartar plenamente las explicaciones alternativas ofrecidas por los investigados.
- En tercer lugar, consideramos que en el futuro el Indecopi puede tratar de sacar mayor provecho de las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo N°1034 sobre compromisos de cese de conductas infractoras y, sobre todo, de las solicitudes de exoneración de sanción a cambio de ofrecer material probatorio determinante para sancionar a los infractores (los denominados programas de arrepentimiento). Estas herramientas han rendido importantes frutos en otros países para castigar conductas anticompetitivas muy graves.

ANEXOS

Anexo N°1

Trabajos publicados en materia de Control de Concentraciones en el Perú¹⁴⁸

- BOZA, Beatriz. (1998). "Por qué no es Conveniente para el Perú contar con una Política General de Fusiones". En: AA.VV. (1998). Políticas de Competencia y el proceso de Reformas Económicas en América Latina. Lima, Indecopi.
- CARRANO, Ítalo. (1998). "La Ley Antimonopolios y Antioligopolios del Sector Eléctrico ¿Deben Controlarse las Fusiones y Adquisiciones en el Mercado de la Electricidad?". En: *Boletín Latinoamericano de Competencia*. N°4. Comunidad Europea, ver: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/>.
- CARRILLO, Diego. (2011). "El Moderno Control de Fusiones Económicas en la Defensa de la Libre Competencia: una Necesaria Revisión de los Argumentos que se Oponen a su Implementación en el Perú". Tesis para optar el título profesional de abogado por la Universidad de Lima.
- CARRILLO, Diego. (2012). "El Control de Fusiones Económicas o de cómo existe aún el arte de mantener el equilibrio". En: *Thémis*. N°61. Lima.
- DIEZ CANSECO, Luis; FALLA, Alejandro; QUINTANA, Eduardo y TÁVARA, José. (2012). "Mesa Redonda: Control de Fusiones y Concentraciones Empresariales en el Perú". En: *Ius et Veritas*. N°44. Lima, Tarea Gráfica Educativa.
- DRAGO, Mario. (2012). "Medicinas que no Curan: El Problema de la Inefectividad de los Remedios en las Concentraciones Empresariales". En: *Thémis*. N°61. Lima.
- DURAND, Julio. (2006). "El Control de Fusiones como Defensa de la Libre Competencia". En: *Coyuntura*. N°6. Lima, CISEPA.
- DURAND, Julio. (2007). "Construyendo un Sistema de Control de Fusiones para Evitar Distorsiones en la Libre Competencia". En: *Derecho & Sociedad*. N°28. Lima, Editora y Comercializadora Cartolan.
- FERNÁNDEZ, Francisco. (2008). "El Sistema de Control de Concentraciones Empresariales en la Nueva ley de Defensa de la Competencia". En: *Advocatus*. N°17. Lima.
- GALLARDO, José. (2004). *Concentraciones Horizontales en la Actividad de Generación Eléctrica: el Caso Peruano*. Lima, OSINERGMIN.

¹⁴⁸ Este listado bibliográfico se basa en el apéndice de DIEZ CANSECO, Luis; FALLA, Alejandro; QUINTANA, Eduardo y TÁVARA, José. (2012). Op. Cit., donde se incluye un listado bastante exhaustivo de trabajos que se han escrito en el Perú sobre esta materia, el mismo que hemos enriquecido con varias referencias adicionales de autores peruanos, para revisión del lector interesado y en la medida que en este libro no se desarrolla lo referido al control de estructuras.



- LAMA, Héctor. (2007a). "El Control Previo de Fusiones". En: *Actualidad Jurídica*. N°165. Lima.
- LAMA, Héctor. (2007b). "El Origen y Control de las Concentraciones Económicas". En: *Revista Jurídica del Perú*. N°76. Lima.
- PHUMPIU, Paul; REBAZA, Alberto y TÁVARA, José. (2004). "¿Por qué existe aún el Control de Fusiones en el Mercado Peruano?". En: *Thémis*. La Evolución de la Libre Competencia en el Perú. Lima, Themis.
- QUINTANA, Eduardo. (1999). "¿Rezando entre Tinieblas?: el Credo del Control de Concentraciones Empresariales". En: *Thémis*. N°39. Lima.
- QUIROGA, María del Rosario y RODRÍGUEZ, Miguel. (1997). *La concentración de empresas y la libre competencia*. Lima, M.J. Bustamante de la Fuente y Cultural Cuzco Editores.
- REBAZA, Alberto. (1997). "El Control de Adquisiciones y Fusiones en la Nueva Ley Antimonopolio del Sector Eléctrico: una Raya más al Tigre del Intervencionismo". En: *Thémis*. N°36. Lima.
- ROJAS, Juan Francisco. (2006). "El Control de las Concentraciones Empresariales en la Perspectiva del Derecho de la Competencia". En: OTERO LASTRES, J.; ROJAS LEO, J.; RAMÍREZ OTERO, L; y otros. (2006). *Temas actuales de derecho de la empresa*. Lima, Palestra Editores.
- RUIZ, Gonzalo. (1998). "Control de Concentraciones versus Regulación de Conductas ¿Complementos o Sustitutos?". En: *Boletín Latinoamericano de Competencia*. N°5. Comunidad Europea, ver: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/>.
- SALAS, Úrsula. (2002). "El Control Previo de Fusiones en el Perú en el Marco de la Libre Competencia". Tesis para optar el título profesional de Abogado por la Universidad de Lima.
- SALINAS, Sergio. (2006). "La Ley Antimonopolio y Antioligopolio en el Sector Eléctrico: ¿Sobrerregulando el Mercado?". En: *Ius et Veritas*. N°33. Lima, Tarea Gráfica Educativa.
- SANTIVÁÑEZ, Roberto. (1999). "Concentración en el Sector Eléctrico ¿es Posible un Control Previo?". En: *Ius et Veritas*. N°18. Lima, Tarea Gráfica Educativa.
- SARANGO, Luis Alberto. (2010). "Control o no Control de Fusiones en la Industria Regulada: Extendiendo el Caso del Sector Eléctrico al Mercado de Gas Natural". Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho de la Empresa con mención en Regulación de Servicios Públicos por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- TÁVARA, José y DIEZ CANSECO, Luis (2003). "Estabilizando el Péndulo: Control de Fusiones y Concentraciones en el Perú". En: *Thémis*. N°47. Lima.
- TOVAR, Teresa. (2005). "A Propósito del Control de Fusiones: Algunas Lecciones de la Experiencia Norteamericana". En: *Ius et Veritas*. N°30. Lima, Tarea Gráfica Educativa.

Anexo N°2

Resoluciones Consideradas

Abuso de Posición de Dominio: Negativas Injustificadas de Trato

| Resolución | Fecha | Comisionados / Vocales / Secretario Técnico |
|-------------------------------------|------------|---|
| Resolución N°002/99-INDECOPI/CLC | 19.03.1999 | Alejandro Alfageme Rodríguez Larraín Rufino Cebrecos Revilla Luis Morales Bayro César Guzmán-Barrón Sobrevilla Alejandro Falla Jara |
| Resolución N°0216-1999-TDC-INDECOPI | 16.06.1999 | Alfredo Bullard González Hugo Eyzaguirre del Sante Liliana Ruiz de Alonso Ana María Pacón Lung |
| Resolución N°011-2000-INDECOPI/CLC | 09.10.2000 | Geoffrey Cannock Torero Carlos Adrianzén Cabrera César Guzmán-Barrón Sobrevilla Thilo Klein José Luis Sardón Taboada |
| Resolución N°0869-2002/TDC-INDECOPI | 11.12.2002 | Juan Francisco Rojas Leo Julio Durand Carrión Santiago Francisco Roca Tavella Luis Bruno Seminario De Marzi Lorenzo Zolezzi Ibárcena |
| Resolución N°022-2001-INDECOPI/CLC | 11.07.2000 | César Guzmán-Barrón Sobrevilla Geoffrey Cannock Torero Carlos Adrianzén Cabrera Thilo Klein José Luis Sardón de Taboada |
| Resolución N°0870-2002/TDC-INDECOPI | 11.12.2002 | Juan Francisco Rojas Leo Julio Durand Carrión Santiago Francisco Roca Tavella Luis Bruno Seminario De Marzi Lorenzo Zolezzi Ibárcena |
| Resolución N°064-2006-INDECOPI/CLC | 04.09.2006 | Luis Felipe Arizmendi Echecopar Elmer Cuba Bustinza Eloy Espinosa-Saldaña Barrera José Abraham Llontop Bustamante Jorge Rojas Rojas David Ritchie Ballenas |

| | | |
|-------------------------------------|------------|--|
| Resolución N°1122-2007/TDC-INDECOPI | 02.07.2007 | Rosa María Graciela Ortiz Origgí Juan Ángel Candela Gómez de la Torre Juan Luis Avendaño Valdez Luis José Díez Canseco Núñez José Luis Fernando Piérola Mellet |
| Resolución N°045-2009-CLC | 25.06.2009 | Paul Phumpiu Chang Lorena Masías Quiroga Fabián Novak Talavera |
| Resolución N°009-2010-CLC | 04.02.2010 | Elmer Cuba Bustinza Joselyn Olaechea Flores Raúl Pérez-Reyes Espejo |

Abuso de Posición de Dominio: Discriminación

| Resolución | Fecha | Comisionados/Vocales/Secretario Técnico |
|----------------------------|------------|--|
| Resolución N°003-93-CLC | 31.08.1993 | Armando Cáceres Valderrama Alejandro Alfageme Rodríguez Larraín David Fischman Kalincausky Rufino Cebrecos Revilla |
| Resolución N°004-98-CLC | 30.09.1998 | Alejandro Alfageme Rodríguez Larraín Luis Morales Bayro César Guzmán Barrón Sobrevilla Ítalo Muñoz Bazán Armando Cáceres Valderrama Rufino Cebrecos Revilla |
| Resolución N°0078-1999-TDC | 05.03.1999 | Alfredo Bullard González Hugo Eyzaguirre del Sante Luis Hernández Berenguel Liliana Ruiz de Alonso |
| Resolución N°051-2006-CLC | 10.07.2006 | Luis Felipe Arizmendi Echeopar Elmer Cuba Bustinza Eloy Espinosa-Saldaña Barrera Jorge Rojas Rojas David Ritchie Ballenas José Llontop Bustamante |
| Resolución N°454-2007-TDC | 30.03.2007 | Rosa María Graciela Ortiz Origgí Juan Ángel Candela Gómez de la Torre Juan Luis Avendaño Valdez Luis José Díez Canseco Núñez |

Abuso de Posición de Dominio: Abuso de procesos legales

| Resolución | Fecha | Comisionados/Vocales/Secretario Técnico |
|-------------------------------------|------------|--|
| Resolución N°057-96-INDECOPI/CLC | 08.04.1995 | Alejandro Alfageme Rodríguez-Larraín Cesar Guzmán Barrón Sobrevilla Rufino Cebrecos Revilla Armando Cáceres Valderrama Ítalo Muñoz Bazán |
| Resolución N°037-2005-INDECOPI/CLC | 04.07.2005 | Luis Felipe Arizmendi Echeopar Elmer Cuba Bustinza Eloy Espinosa-Saldaña Barrera Jorge Rojas Rojas David Ritchie Ballenas José Llontop Bustamante |
| Resolución N°0407-2007-/DC-INDECOPI | 22.03.2007 | Rosa María Graciela Ortiz Origgi Juan Ángel Candela Gómez de La Torre Juan Luis Avendaño Valdez Luis José Diez Canseco Núñez |
| Resolución N°026-2010-INDECOPI/CLC | 03.05.2010 | Paul Phumpiu Chang Elmer Cuba Bustinza Joselyn Olachea Flores Raúl Pérez-Reyes Espejo |
| Resolución N°1351-2011/SC1-INDECOPI | 27.07.2011 | Héctor Tapia Cano Juan Ángel Candela Gómez de la Torre Alfredo Ferrero Diez Canseco Virginia Rosasco Dulanto |

Abuso de Posición de Dominio: Conductas de efecto explotativo

| Resolución | Fecha | Comisionados/Vocales/Secretario Técnico |
|---------------------------------------|------------|--|
| Resolución N°003-93-INDECOPI/CLC | 31.08.1993 | Armando Cáceres Alejandro Alfageme Rodríguez Larrain David Fischman Rufino Cebrecos |
| Resolución N°004-98-INDECOPI/CLC | 30.09.1998 | Alejandro Alfageme Rodríguez Larrain Luis Morales Bayro César Guzmán Barrón Sobrevilla Ítalo Muñoz Bazán Armando Cáceres Valderrama En discordia: Rufino Cebrecos Revilla |
| Resolución N°1003-96-INDECOPI/TRI | 19.06.1996 | Jorge Fernández-Baca Llamosas Rómulo Alegre Valderrama Fernando Ballón-Landa Córdova Amanda Velásquez de Rojas Rodolfo Castellanos Salazar |
| Resolución N°054-2003-INDECOPI/CLC | 10.12.2003 | Martín Reaño Azpilcueta Luis Felipe Arizmendi Echeopar Francisco Avendaño Arana Ana Cecilia Mac Lean Martins |
| Resolución N°052-2007-INDECOPI/CLC | 14.09.2007 | Luis Felipe Arizmendi Echeopar Eloy Espinosa-Saldaña Barrera Joselyn Olaechea Flores Paul Phumpiu Chang |
| Resolución N°0027-2008/SC1-INDECOPI | 16.10.2008 | Juan Angel Candela Gómez de la Torre Miguel Antonio Quirós García Raúl Francisco Andrade Ciudadada Alfredo Ferrero Diez-Canseco |
| Resolución N°005-2010/ST-CLC-INDECOPI | 15.04.2010 | Miguel Ángel Luque (ST) |
| Resolución N°0708-2011/SC1-INDECOPI | 16.03.2011 | Héctor Tapia Cano Juan Ángel Candela Gómez de la Torre Alfredo Ferrero Diez Canseco María Soledad Ferreyros Castañeda |

Prácticas Colusorias Horizontales: Fijación de precios

| Resolución | Fecha | Comisionados/Vocales/Secretario Técnico |
|-------------------------------------|------------|--|
| Resolución N°047-95-INDECOPI/CLC | 23.11.1995 | Alejandro Alfageme Rodríguez Larraín Luis Morales Bayro César Guzmán Barrón Sobrevilla Ítalo Muñoz Bazán |
| Resolución N°001-97-INDECOPI/CLC | 15.01.1997 | Alejandro Alfageme Rodríguez Larraín Luis Morales Bayro César Guzmán Barrón Sobrevilla Ítalo Muñoz Bazán Armando Cáceres Valderrama Rufino Cebrecos Revilla |
| Resolución N°276-97/TDC-INDECOPI | 19.11.1997 | Alfredo Bullard González Hugo Eyzaguirre del Sante Jorge Vega Castro José Antonio Payet Puccio |
| Resolución N°003-97-INDECOPI/CLC | 11.02.1997 | Alejandro Alfageme Rodríguez-Larraín Ítalo Muñoz Bazán Luis Morales Bayro César Guzmán-Barrón Sobrevilla Rufino Cebrecos Revilla |
| Resolución N°206-97/TDC-INDECOPI | 13.08.1997 | Alfredo Bullard González Hugo Eyzaguirre del Sante Jorge Vega Castro José Antonio Payet Puccio |
| Resolución N°025-2002-INDECOPI/CLC | 11.12.2002 | César Guzmán-Barrón Sobrevilla Carlos Adrianzén Cabrera Alfredo Ferrero Diez Canseco Mario Gallo Gallo José Luis Sardón de Taboada Edgar Zamalloa Gallegos |
| Resolución N°0224-2003/TDC-INDECOPI | 16.06.2003 | Juan Francisco Rojas Leo Julio Durand Carrión Santiago Francisco Roca Tavella Luis Bruno Seminario De Marzi Lorenzo Antonio Zolezzi Ibárcena |
| Resolución N°069-2010-INDECOPI/CLC | 06.10.2010 | Paul Phumpiu Chang Joselyn Olaechea Flores Raúl Pérez-Reyes Espejo |

Prácticas Colusorias Horizontales: Reparto de mercado

| Resolución | Fecha | Comisionados/Vocales/Secretario Técnico |
|-------------------------------------|------------|---|
| Resolución N°004-97-INDECOPI/CLC | 21.02.1997 | Alejandro Alfageme Rodríguez Larraín Luis Morales Bayro Armando Cáceres Valderrama Rufino Cebrecos Revilla César Guzmán Barrón Sobrevilla |
| Resolución N°255-97/TDC-INDECOPI | 22.10.1997 | Alfredo Bullard González Hugo Eyzaguirre del Sante Jorge Vega Castro Luis Hernández Berenguel Gabriel Ortiz de Zevallos |
| Resolución N°020-97-INDECOPI/CLC | 25.08.1997 | Alejandro Alfageme Rodríguez Larraín Luis Morales Bayro Armando Cáceres Valderrama Rufino Cebrecos Revilla César Guzmán Barrón Sobrevilla |
| Resolución N°0082-1998/TDC-INDECOPI | 25.03.1998 | Hugo Eyzaguirre del Sante Liliana Ruiz de Alonso Luis Hernández Berenguel Gabriel Ortiz de Zevallos |
| Resolución N°051-2010-INDECOPI/CLC | 13.08.2010 | Paul Phumpiu Chang Elmer Cuba Bustinza Raúl Pérez-Reyes Espejo |
| Resolución N°056-2011-INDECOPI/CLC | 11.10.2011 | Paul Phumpiu Chang Joselyn Olaechea Flores Elmer Cuba Bustinza Raúl Pérez-Reyes Espejo |

Prácticas Colusorias Horizontales: Recomendaciones

| Resolución | Fecha | Comisionados/Vocales |
|-------------------------------------|------------|---|
| Resolución N°085-2009-INDECOPI/CLC | 22.12.2009 | Paul Phumpiu Chang Elmer Cuba Bustinza Joselyn Olaechea Flores Raúl Pérez-Reyes Espejo |
| Resolución N°3240-2010/SC1-INDECOPI | 16.12.2010 | Juan Luis Avendaño Valdez Héctor Tapia Cano Raúl Francisco Andrade Ciudad Juan Ángel Candela Gómez de la Torre Alfredo Ferrero Díez Canseco |

Prácticas Colusorias Verticales (exclusividades)

| Resolución | Fecha | Comisionados/Vocales |
|-------------------------------------|------------|---|
| Resolución N°005-2003-INDECOPI/CLC | 14.05.2003 | César Guzmán-Barrón Sobrevilla Alfredo Ferrero Díez-Canseco Mario Gallo Gallo Luis Felipe Arizmendi Echecopar Edgar Zamalloa Gallegos |
| Resolución N°0355-2000/TDC-INDECOPI | 23.08.2000 | Hugo Eyzaguirre del Sante Liliana Ruiz de Alonso Gabriel Ortiz de Zevallos Mario Pasco Cosmópolis |
| Resolución N°005-2008-INDECOPI/CLC | 22.02.2008 | Paul Phumpiu Chang Luis Felipe Arizmendi Echecopar Fernando Cáceres Freyre Joselyn Olaechea Flores |
| Resolución N°068-2009/SC1-INDECOPI | 24.02.2009 | Juan Ángel Candela Gómez de la Torre Miguel Antonio Quirós García Raúl Francisco Andrade Ciudad Alfredo Ferrero Díez Canseco |
| Resolución N°059-2011-INDECOPI/CLC | 15.11.2011 | Paul Phumpiu Chang Joselyn Olaechea Flores Elmer Cuba Bustinza Raúl Pérez-Reyes Espejo |

BIBLIOGRAFÍA

Publicaciones

ABA SECTION ON ANTITRUST LAW. (2006). *Antitrust Law and Economics of Product Distribution*. United States of America, ABA Publishing.

ADRIANZEN, Luis Carlos. (2007). "El Control de Precios Excesivos en el Derecho de la Competencia Europeo y su Aplicabilidad en el Perú". En: *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*. N°5. Lima, Indecopi.

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. (2006). "Delimitación de la Noción de Abuso de una Posición de Dominio". En: Martínez Lage, Santiago y Petitbó Juan, Amadeo. (Directores). (2006). *El Abuso de la Posición de Dominio*. Madrid, Marcial Pons.

AREEDA, Philip y KAPLOW, Louis. (1988). *Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases*. United States of America, Wolters Kluwer Law & Business.

BAMBERGER, Gustavo. (2009). "Revisiting Maximum Resale Price Maintenance: State Oil v. Khan". En: KWOKA y WHITE. (editores). *The Antitrust Revolution*. United States of America, Oxford University Press.

BARRANTES, Roxana. (2012). "¿Algún Mercado es ajeno a un Economista? Notas sobre el Mercado Relevante pensando en las Telecomunicaciones". En: *Revista de Derecho Administrativo*. N°10. Lima, Tarea Asociación Gráfica Educativa.

BISHOP, Simon y WALKER, Mike. (2010). *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. Great Britain, Sweet & Maxwell – Thomson Reuters.

BLAIR, Roger y KASSERMAN, David. (2009). *Antitrust Economics*. New York. Oxford University Press.

BORK, Robert. (1993). *The Antitrust Paradox, a Policy at War with Itself*. United States of America, Simon & Schuster.

BOZA, Beatriz. (2005). "Case Study 1: Making Room for Competition Policy" y "Case Study 2: Knowing One's Own Strength". En: *Tailor-Made Competition Policy in a Standardizing World: The Experience of Peru*. Lima, Instituto Apoyo – Ciudadanos al Día.

BULLARD, Alfredo y FALLA, Alejandro. (2002). "La mujer del César...: ¿son los Acuerdos de Compras Conjuntas Ilegales según las Normas de Libre Competencia?". En: *Ius et Veritas*. N°25. Lima, Tarea Gráfica Educativa.

BULLARD, Alfredo y FALLA, Alejandro. (2005). "El Abogado del Diablo. El Abuso de Procesos Legales o Gubernamentales como Práctica Anticompetitiva". En: *Ius et Veritas*. N°30. Lima, Tarea Gráfica Educativa.

- BULLARD, Alfredo. (1997). "¿Dejar competir o no dejar competir? He ahí el dilema. Las prácticas predatorias y el abuso de posición de dominio". En: *Themis*. N°36. Lima.
- BULLARD, Alfredo. (2003a). *Derecho y Economía. El Análisis Económico de las Instituciones Legales*. Lima, Palestra Editores.
- BULLARD, Alfredo. (2003b). "El Regreso del Jedi (o de la Discrecionalidad en la Aplicación de las Normas de Libre Competencia)". En: *Thémis*. N°47. Lima.
- CAMESASCA, Peter y VAN DEN BERGH, Roger. (2002). "Achilles Uncovered: Revisiting the European Commission's 1997 Market Definition Notice". En: *The Antitrust Bulletin*. N° 47. Primavera del 2002. New York, Federal Legal Publications Inc.
- CARLTON, Dennis y PERLOFF, Geoffrey. (2000) *Modern Industrial Organization*. United States of America, Addison-Wesley.
- COMISIÓN EUROPEA. (1997). *Comunicación de la Comisión Relativa a la Definición de Mercado de Referencia a Efectos de la Normativa Comunitaria en Materia de Competencia*.
- COMISIÓN EUROPEA. (2001). *Directrices sobre la Aplicabilidad del Artículo 81 del Tratado CE a los Acuerdos de Cooperación Horizontal*.
- COMISIÓN EUROPEA. (2010). *Directrices relativas a las restricciones verticales*.
- DEPARTMENT OF JUSTICE Y FEDERAL TRADE COMMISSION (2010). *Horizontal Merger Guidelines*.
- DIEZ CANSECO, Luis y PASQUEL, Enrique. (2004a). "El Excesivo Precio de una Decisión Impredecible. A Propósito del Caso de las AFP". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N°71. Lima, Editorial el Búho.
- DIEZ CANSECO, Luis y PASQUEL, Enrique. (2004b). "Precios Abusivos: Una Mirada a la Luz del Derecho Comparado". En: *Advocatus*. N°10. Lima.
- DIEZ CANSECO, Luis. (2012). "Teoría del Cuello de Botella: Las Facilidades Esenciales". En: *Thémis*. N°61. Lima.
- DIEZ CANSECO, Luis; FALLA, Alejandro; QUINTANA, Eduardo y TÁVARA, José. (2012). "Mesa Redonda: Control de Fusiones y Concentraciones Empresariales en el Perú". En: *Ius et Veritas*. N°44. Lima, Tarea Gráfica Educativa.
- DIEZ ESTELLA, Fernando. (2003). *La Discriminación de Precios en el Derecho de la Competencia*. Madrid, Thomson - Civitas.
- EUROPEAN COMMISSION – DIRECTORATE GENERAL OF COMPETITION. (2005). *Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*.

- FALLA, Alejandro y BULLARD, Alfredo. (2002). "¡Prohibido prohibir!: el fantasma de los precios sugeridos y la fijación de precios de reventa en el Derecho de la Competencia". En: *Thémis*. N°45. Lima.
- FALLA, Alejandro. (2004). "Facilidades Esenciales y Negativa Injustificada a Negociar". En: *Themis*. La Evolución de la Libre Competencia en el Perú. Lima, Themis.
- FALLA, Alejandro y DRAGO, Mario. (2012). "Unas son de Cal y otras de Arena. Aplicación de la Ley de Competencia durante el 2011". En: *Ius et Veritas*. N°44. Lima, Tarea Gráfica Educativa.
- FEDERAL TRADE COMMISSION AND US DEPARTMENT OF JUSTICE. (2000). *Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors*. United States of America.
- FELICES, Olaechea, REBAZA Y ROJAS. (2003). "¿Regla Per Se o Regla de la Razón? Premisas y Efectos de un Cambio". En: *Themis*. N°47. Lima.
- FERNÁNDEZ, Cani. (2006) "Cuota de Mercado y Poder de Mercado". En: Martínez Lage, Santiago y Petitbó Juan, Amadeo. (Directores). (2006). *El Abuso de la Posición de Dominio*. Madrid, Marcial Pons.
- FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. (2012). *Experiencias de Política Antimonopólica en El Perú*. Lima, Universidad del Pacífico.
- FIGARI, Hugo; GÓMEZ, Hugo y ZÚÑIGA, Mario. (2005). "Hacia una Metodología para la Definición del Mercado Relevante y la Determinación de la Existencia de Posición de Dominio". En: *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*. Lima, Indecopi.
- GAGLIUFFI, Ivo. (2003). "Derecho de la Competencia: ¿Cómo debe Evaluarse una Concertación de Precios según la Legislación Peruana". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N°60. Lima, Imprenta Editorial El Búho.
- GALÁN CORONA, Eduardo. (1977). *Acuerdos Restrictivos de la Competencia*. Madrid, Editorial Montecorvo.
- GELLHORN, ERNST Y Kovacic, William. (1994). *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*. United States of America, West.
- GERADIN, Damien y PETIT, Nicholas. (2005). "Price Discrimination under EC Competition Law: The Need for a Case-by-Case Approach". En: *Global Competition Law Centre Working Paper*. N°07/05. Ver: <http://www.coleurope.eu/nl/node/5844>
- GOYDER, D.G. (2003). *EC Competition Law*. Great Britain, Oxford University Press.
- GUNNAR, Niels; JENKINS, Helen y KAVANAGH, James. (2011) *Economics for Competition Lawyers*. Great Britain, Oxford University Press.

GUTIÉRREZ, Inmaculada y PADILLA, Jorge. (2006). "Una Racionalización Económica del Concepto de Posición de Dominio". En: Martínez Lage, Santiago y Petitbó Juan, Amadeo. (Directores). (2006). *El Abuso de la Posición de Dominio*. Madrid, Marcial Pons.

HARO, José Juan. (2005). "Contra los excesos de la regulación económica. Sobre monopolios naturales, instalaciones esenciales y otros fantasmas". En: *Thémis*. N°50. Lima.

HIGA, César y CIGÜENAS, Francisco. (2011). "Las Negativa Injustificada a Contratar: Aplicación y Límites de la Legislación de Defensa de la Libre Competencia". En: *Revista de Derecho Administrativo*. N°10. Lima, Tarea Asociación Gráfica Educativa.

HOLZ, Johanna y SAMANIEGO, Percy. (2007). "A veces sí, a veces no. Análisis de Prácticas Explotativas: Comentario al Reciente Precedente de la Comisión de Libre Competencia". En: *Actualidad Jurídica*. N°168. Lima.

HOVENKAMP, Herbert. (2005a). *Federal Antitrust Policy: the Law of Competition and its Practice*. United States of America, Thomson-West .

HOVENKAMP, Herbert. (2005b). *The Antitrust Enterprise, Principle and Execution*. United States of America, Harvard University Press.

IVALDI, Jullien, REY y otros. (2003). *The Economics of Tacit Collusion (Final Report for DG Competition, European Commission)*. En: http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf.

KATZ, Michael. (2009). "Exclusive Dealing and Antitrust Exclusion: U.S. v Dentsply". En: Kwoka y White. (editores). *The Antitrust Revolution*. United States of America, Oxford University Press.

KHEMANI, Shiam y SHAPIRO, Daniel. (1996). *Glosario de Términos Relativos a la Economía de las Organizaciones Industriales y a las Leyes sobre Competencia*. Washington, World Bank.

KRESALJA, Baldo y QUINTANA, Eduardo. (2005). "La doctrina de las facilidades esenciales y su recepción en el Perú". En: *Ius et Veritas*. N°31. Lima, Tarea Gráfica Educativa.

LANDES, William y POSNER, Richard. (2003). "El poder de mercado en los casos de Libre Competencia". En: *Ius et Veritas*. N°26. Lima, Tarea Gráfica Educativa.

MARTÍNEZ, Martha y QUINTANA, Eduardo. (1998). "Contratos de exclusividad y ventas atadas. Cuando lo atado es la exclusividad". En: *Boletín Latinoamericano de Competencia*. N°5. Comunidad Europea, ver: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/>.

MARTÍNEZ, Martha y QUINTANA, Eduardo. (2007). "La Necesidad de Tomar Nuevos Rumbos en la Aplicación de Políticas de Competencia en el Perú: a Propósito de las Prácticas Anticompetitivas de Precios". En: *Derecho & Sociedad*. N°28. Lima, Editora y Comercializadora Cartolan.

- MOTTA, Massimo. (2009). "Cartels in the European Union: Economics, Law, Practice". En: Vives, Xavier. (Editor). *Competition Policy in the EU, Fifty Years on from the Treaty of Rome*. Great Britain, Oxford University Press.
- MOTTA, Massimo y DE STREEL, Alexandre. (2003). Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law. En: <http://www.eui.eu/Personal/Motta/Papers/ExcessivePrices18122003.pdf>.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. (2000). Hard Core Cartels. Ver: <http://www.oecd.org/competition/cartels/2752129.pdf>
- PATRÓN, Carlos. (2008). "Aciertos, divergencias y desatinos de la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas". En: *Ius et Veritas*. N°36. Lima, Tarea Gráfica Educativa.
- PEPALL, Lynne; RICHARDS, Dannel Jay y NORMAN, George. (2006). *Organización Industrial: Teoría y Prácticas Contemporáneas*. México, Thomson.
- PETITBÓ JUAN, Amadeo. (Directores). (2006). *El Abuso de la Posición de Dominio*. Madrid, Marcial Pons.
- PHILIPS, Louis. (1995). *Competition Policy: A Game-Theoretic Perspective*, Glasgow, Cambridge University Press.
- QUINTANA, Eduardo. (2007). "Discriminación de Precios y Libre Competencia: ¿Nuevos Aires para una Antigua Figura?". En: *Ethos*. N°1. Lima, Impresso Gráfica.
- QUINTANA, Eduardo y VILLARÁN, Lucía. (2008). "Sobre la prohibición de abuso de posición de dominio sin necesidad de probar relación de competencia". En: *Derecho & Sociedad*. N°31. Lima, Editora y Comercializadora Cartolan.
- QUINTANA, Eduardo. (2009). "Los Acuerdos de Investigación y Desarrollo frente al Derecho de la Competencia Peruano". En: Kresalja, Baldo (director). *Anuario Andino de Propiedad Intelectual*. N°6. Lima, Palestra Editores.
- QUINTANA, Eduardo. (2011a). "El objetivo de la ley de competencia peruana y la interpretación de las conductas prohibidas". En: *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*. N°13. Lima, Indecopi.
- QUINTANA, Eduardo. (2011b). "La idoneidad de los carteles y su prohibición absoluta o *per se*". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N°152. Lima, Imprenta Editorial El Búho.
- QUINTANA, Eduardo. (2011c). "Prácticas concertadas entre competidores y estándar de prueba requerido". En: *Revista de Derecho Administrativo*. N°10. Lima, Tarea Asociación Gráfica Educativa.
- QUINTANA, Eduardo. (2012). "Cuando los Litigios se Convierten en una Herramienta Anticompetitiva". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N°160. Lima, Imprenta Editorial El Búho.

REY, GUAL, HEWITT, PERROT, POLO, SCHMIDT y STENBACKA. (2006). "Un Enfoque Económico del Artículo 82". En: Martínez Lage, Santiago y Petitbó Juan, Amadeo. (Directores). (2006). *El Abuso de la Posición de Dominio*. Madrid, Marcial Pons.

REY, Patrick y CABALLERO, Francisco. (1996). "The Policy Implications of the Economic Analysis of Vertical Restraints". En: *European Community - Economic Papers*. N°119. Directorate-General for Economic and Financial Affairs, European Commission.

RIVERA, Alfonso. (2012). "Cómo pasar un camello por el ojo de una aguja: sobre cómo el Indecopi ha dejado prácticamente sin efecto la figura del Abuso Anticompetitivo de Procesos". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N°160. Lima, Imprenta Editorial El Búho.

ROJAS, Juan Francisco. (2005). "La Defensa de la Competencia en una Nueva Dimensión". En: *Coyuntura*. N°4. Lima, CISEPA.

RUIZ, Gonzalo. (2000). "Definición de Mercado Relevante y Políticas de Competencia". En: *Thémis*. N°41. Lima.

RUIZ, Gonzalo. (2011). "La nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas: acotando la discrecionalidad de la autoridad de competencia". En: *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*. N°13. Lima, Indecopi.

TARJIZÁN, Jorge y PAREDES, Ricardo. (2001). *Organización Industrial para la Estrategia Empresarial*. Santiago de Chile, Prentice Hall.

VELASCO, Luis. (2005). "Acuerdos, decisiones colectivas y prácticas concertadas". En: *Derecho Europeo de la Competencia: Antitrust e Intervenciones Públicas*. España, Lex Nova.

WERDEN, Gregory. (1990). "Four Suggestions on Market Delineation". En: *Economic Analysis Group Discussion Paper*. United States, U.S. Department of Justice - Antitrust Division.

WORLD BANK – OECD. (1998). *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*. Washington, World Bank – OECD.

Normas Legales

Decreto Legislativo N°1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, vigente
Decreto Legislativo N°701, Ley de Eliminación de las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia
Decreto Legislativo N°757
Decreto Legislativo N°788
Decreto Legislativo N°807
Decreto Supremo N°017-98-ITINCI
Decreto Supremo N°031-2007-MTC
Decreto Supremo N°049-2002-MTC
Decreto Supremo N°054-93-EM
Decreto Supremo N°087-2002-EF
Ley N°26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico
Ley N°27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre
Resolución N°001-97-INDECOPI/CLC
Resolución N°0027-2008-SC1/INDECOPI
Resolución N°002-99-INDECOPI/CLC
Resolución N°003-2008-INDECOPI/CLC
Resolución N°003-93-INDECOPI/CLC
Resolución N°003-97-INDECOPI-CLC
Resolución N°004-2003/SUNAT
Resolución N°004-97-INDECOPI-CLC
Resolución N°004-98-INDECOPI/CLC
Resolución N°005-2003/SUNAT
Resolución N°005-2003-INDECOPI/CLC
Resolución N°005-2005-INDECOPI/CLC
Resolución N°005-2008-INDECOPI/CLC
Resolución N°005-2010/ST-CLC-INDECOPI
Resolución N°0078-1999/TDC-INDECOPI
Resolución N°008-2009/ST-CLC-INDECOPI
Resolución N°0082-1998-TDC/INDECOPI
Resolución N°00870-2002-TDC/INDECOPI
Resolución N°020-97-INDECOPI/CLC

Resolución N°0216-1999-TDC-INDECOPI
Resolución N°022-2001-INDECOPI/CLC
Resolución N°0224-2003-TDC-INDECOPI
Resolución N°0225-2004/TDC-INDECOPI
Resolución N°025-2002-INDECOPI/CLC
Resolución N°026-2010-INDECOPI/CLC
Resolución N°036-2004-INDECOPI/CLC
Resolución N°037-2005-INDECOPI/CLC
Resolución N°0407-2007/TDC-INDECOPI
Resolución N°045-2009-INDECOPI/CLC
Resolución N°0454-2007/TDC-INDECOPI
Resolución N°047-95-INDECOPI/CLC
Resolución N°051-2006/CLC-INDECOPI
Resolución N°051-2010/CLC-INDECOPI
Resolución N°052-2007-INDECOPI/CLC
Resolución N°054-2003-INDECOPI/CLC
Resolución N°056-2011/CLC-INDECOPI
Resolución N°057-95-INDECOPI/CLC
Resolución N°057-96-INDECOPI/CLC
Resolución N°064-2006-INDECOPI/CLC
Resolución N°068-2009/SC1-INDECOPI
Resolución N°069-2010/CLC-INDECOPI,
Resolución N°0708-2011/CS1-INDECOPI
Resolución N°0708-2011/TDC-INDECOPI
Resolución N°1003-96-INDECOPI/TRI
Resolución N°1104-96-INDECOPI/TRI
Resolución N°1122-2007/TDC-INDECOPI
Resolución N°1351-2011/SC1-INDECOPI
Resolución N°206-97-TDC-INDECOPI
Resolución N°255-97-TDC-INDECOPI
Resolución N°276-97-TDC-INDECOPI
Resolución N°0355-2000/TDC-INDECOPI
Resolución N°059-2011/CLC-INDECOPI
Resolución SBS N°52-99

LISTADO DE ACRÓNIMOS

| | |
|---------|--|
| CLC | Comisión de Libre Competencia. |
| ITINCI | Ministro de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales. |
| TDC | Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual |
| SNI | Sociedad Nacional de Industrias. |
| ASPEC | Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios |
| INEI | Instituto Nacional de Estadística e Informática |
| SBS | Superintendencia de Banca y Seguros |
| SOAT | Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito |
| ESSALUD | El Seguro Social de Salud |
| OSIPTEL | Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones |
| DICAPI | Dirección General de Capitanías y Guardacostas del Perú |
| CORPAC | Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial |
| SUNAT | Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria |
| SENASA | Servicio de Sanidad Agraria |
| APASEG | Asociación Peruana de Seguros |
| MTC | Ministerio de Transportes y Comunicaciones |

